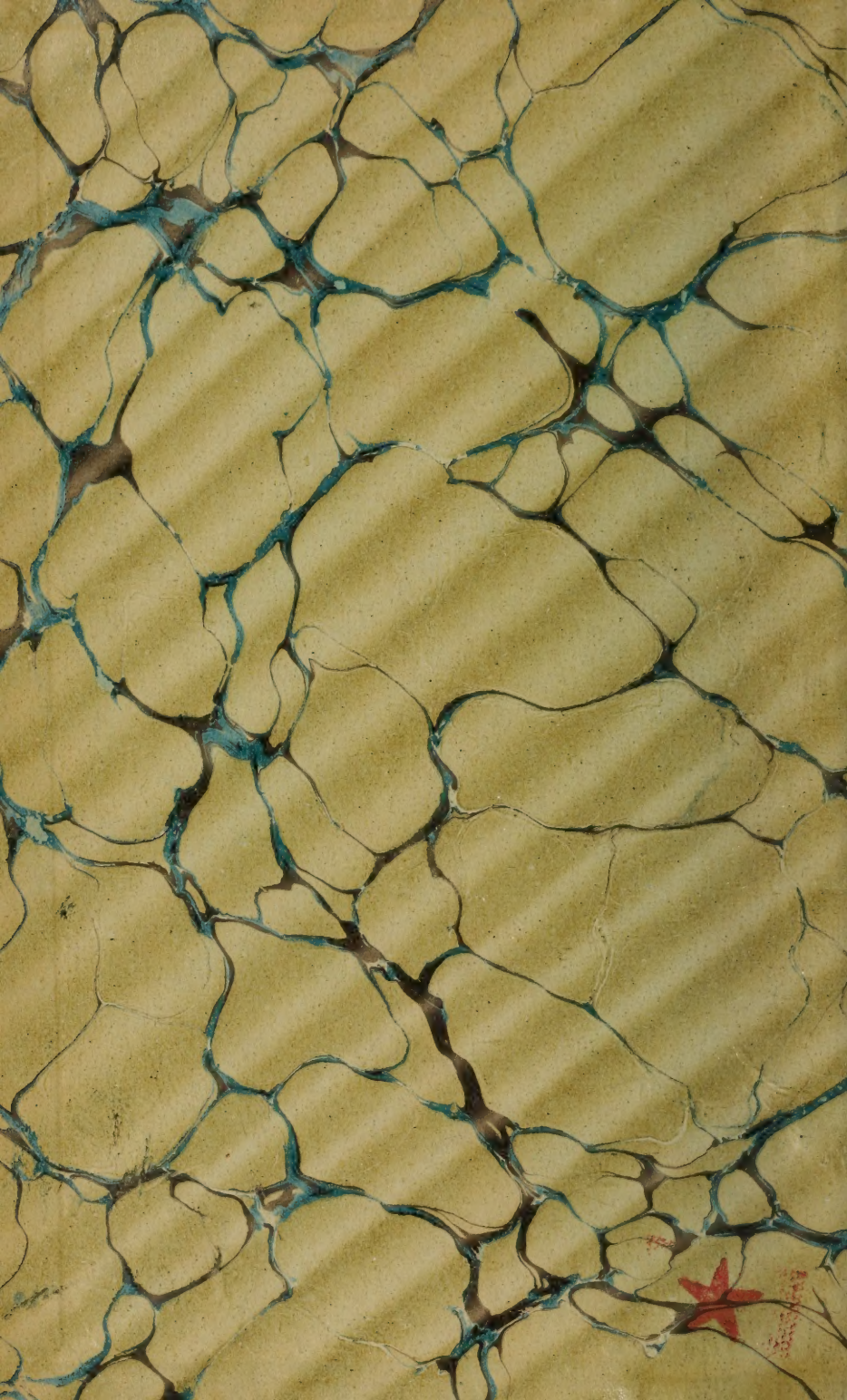


JAN 30 1954

UNIVERSITAS
O. M. I.
OTTAWIENSIS

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

XXVI

DU NANTISSEMENT

DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

ET DE L'EXPROPRIATION FORCÉE

II

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DU NANTISSEMENT
DES PRIVILÈGES & HYPOTHÈQUES
ET DE L'EXPROPRIATION FORCÉE

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

P. DE LOYNES
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

TROISIÈME ÉDITION

Entièrement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence accompagnée de références aux législations étrangères.

TOME DEUXIÈME

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1906

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

KE
16
.B3T
1906
v.26

KSV
450
.B383
1905
v.26

DEUXIÈME PARTIE (CHAP. III DU CODE).

DES HYPOTHÈQUES

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES DE L'HYPOTHÈQUE

892. L'hypothèque est une sûreté *réelle*. La loi nous en donne une notion assez incomplète dans l'art. **2114**, ainsi conçu : « *L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles* » *affectés à l'acquittement d'une obligation. — Elle est, de sa* » *nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeu-* » *bles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces im-* » *meubles. — Elle les suit dans quelques mains qu'ils pas-* » *sent* » (1).

Ce texte omet de signaler un des traits caractéristiques de l'hypothèque : le droit qui appartient au créancier hypothécaire de se faire payer par préférence aux autres créanciers sur le prix de l'immeuble hypothéqué, qu'il peut d'ailleurs saisir et faire vendre comme tout autre créancier. Cependant ce qui distingue surtout l'hypothèque, c'est que les immeu-

(1) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 41. — Italie, *C. civ.*, art. 1964. — Monaco, *C. civ.*, art. 1952. — Espagne, *C. civ.*, art. 1858, 1875, 1876; *L. hyp.*, art. 105, 122 s. — Portugal, *C. civ.*, art. 888, 892, 893. — Fribourg, *C. civ*, art. 649, 660. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1711. — Tessin, *C. civ.*, art. 854, 1142. — Vaud, *C. civ.*, art. 1584. — Valais, *C. civ.*, art. 1876, 1879 (L. 29 nov. 1882). — Berne, *C. civ.*, art. 478. — Soleure, *C. civ.*, art. 834, 837. — Glaris, *C. civ.*, 1re part., art. 106. — Zurich, *C. civ.*, art. 356. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1208, 1209, 1245. — Allemagne, *C. civ.*, art. 1113, 1132. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 44. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1746. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 205, 211, 212, 865. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 1 et 29. — Japon, *C. civ.*, art. 369. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2016, 2017. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3245-3249. — Mexico, *C. civ.*, art. 1940, 1941, 1954-1959. — Haïti, *C. civ.*, art. 1881. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2018-2020, 2030, — République Argentine, *C. civ.*, art. 3108, 3112. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2278, 2292. — Chili, *C. civ.*, art. 2407, 2408.

bles hypothéqués sont affectés à l'acquittement d'une obligation. Cette affectation spéciale confère au créancier hypothécaire le droit de saisir et de faire vendre ces biens, non seulement quand ils sont entre les mains du débiteur suivant le droit commun des art. 2092 et 2093, mais encore quand ils sont devenus, par une aliénation, la propriété d'un tiers. C'est pourquoi, le législateur a mis ce caractère en relief dans l'art. 2114, négligeant de parler du droit de préférence.

En comblant la lacune que nous avons signalée, on peut dire que l'hypothèque présente les caractères suivants : 1° elle est un droit réel sur un immeuble ; 2° elle engendre au profit du créancier un droit de préférence ; 3° et, en outre, un droit de suite ; 4° elle est, de sa nature, indivisible ; 5° elle constitue un droit accessoire.

Examinons successivement ces divers caractères.

893. 1° *L'hypothèque est un droit réel sur un immeuble.* C'est un droit dans la chose, comme dit Pothier, un *jus in re* (1) : c'est ce qui explique que la loi accorde au créancier hypothécaire le droit de suite, apanage du droit réel. C'est aussi par cette idée que s'explique le droit de préférence. Droit réel, l'hypothèque peut être opposée à tous également tenus de la respecter, d'en souffrir l'exercice : aux tiers détenteurs sous la forme du droit de suite, aux autres créanciers du même débiteur sous la forme du droit de préférence.

894. De ce principe que l'hypothèque est un droit *réel*, on tire généralement cette conséquence qu'elle est un démembrement de la propriété (2). En effet la propriété est, comme on l'a fort bien dit, le faisceau de tous les droits réels ; donc,

(1) *Contra* Marcadé, II, sur l'art. 526, n. 4, qui a essayé, en vain, de contester la réalité du droit hypothécaire et prétendu qu'il est seulement un *jus ad* ou *in rem* conférant au créancier la faculté d'agir contre l'immeuble en même temps que contre la personne de l'obligé.

(2) Valette, 124 ; Duranton, XIX, 241 ; Martou, II, 690 ; Pont, I, 327 s. ; Laurent, XXX, 174 ; Thézard, 35 ; Arntz, IV, 1726 ; Thiry, IV, 444 ; Guillouard, II, 634 ; Lepinois, III, 1230. — *Sic* en Roumanie, Demètre Alexandresco, *Droit anc. et mod. de la Roumanie*, p. 456. — *Contra* Demolombe, *Distinct. des biens*, I, 471 s. ; Aubry et Rau, § 165, note 4, II, 4e éd. p. 24, 5e éd. p. 31 ; Planiol, II, 2701 ; Surville, II, 614. — Cpr. Demante, II, 360 *bis*, I.

quand un droit réel existe sur une chose au profit d'un tiers, le faisceau se disloque, la propriété est démembrée, tous les droits réels n'étant plus concentrés sur la tête du propriétaire. D'ailleurs, l'hypothèque porte une atteinte grave aux pouvoirs du propriétaire, qui ne pourra plus exercer son droit d'*abusus* qu'avec d'importantes restrictions. C'est ainsi que, d'une part, il n'a plus le droit de détruire l'immeuble hypothéqué ni même d'exercer des actes de jouissance abusive, par exemple de couper une futaie non aménagée, au préjudice du créancier hypothécaire ; celui-ci peut s'y opposer par toutes les voies de droit, et, s'il ne réussit pas à prévenir l'acte, demander son paiement immédiat, à moins qu'il ne préfère se contenter d'autres sûretés que le débiteur lui offre pour remplacer celles qu'il a détruites. D'autre part, le droit d'aliénation du propriétaire se trouve gêné par suite de la faculté de surenchérir qui appartient au créancier hypothécaire. En outre, la vente en détail de l'immeuble hypothéqué constitue une diminution des sûretés données par le contrat; elle entraîne contre le débiteur qui l'a consentie la déchéance du bénéfice du terme (art. 1188). Comment dire que la propriété n'est pas démembrée, quand elle est chargée de pareilles entraves?

On objecte que l'idée de démembrement du droit de propriété implique un rapport direct entre la chose et le titulaire du droit, l'exercice de ce droit sur le fonds grevé. On fait remarquer que telle n'est pas la situation du créancier hypothécaire et on conclut que l'hypothèque n'est pas un démembrement du droit de propriété.

Le point de départ de ce raisonnement ne nous paraît pas exact. Un exemple suffira pour le prouver. Il est incontestable et incontesté que les servitudes, toutes les servitudes sont des démembrements du droit de propriété. Or si, en règle générale, le propriétaire du fonds dominant exerce son droit sur le fonds grevé, il est cependant des cas dans lesquels il en est autrement et qui présentent la plus grande analogie avec l'hypothèque. Supposons que la servitude soit une servitude négative, *v. g.* une servitude *non ædificandi* ou *non altius tollendi*. Le propriétaire du fonds dominant n'exerce aucun

droit direct sur le fonds servant ; l'existence de la servitude ne se révèle par aucun fait matériel accompli sur cet héritage ; le seul droit que confère la servitude consiste à empêcher toute construction ou une construction qui s'élève au dessus de la hauteur fixée. Il en est de même pour le créancier hypothécaire ; son droit ne se révèle par aucun acte de jouissance ou d'usage sur le fonds hypothéqué ; il lui permet seulement de s'opposer à tout acte par lequel le propriétaire de l'héritage anéantirait ou compromettrait l'effet de l'hypothèque. Il y a donc identité entre les deux situations et si, de l'avis unanime, la servitude négative est un démembrement de la propriété, il doit en être de même de l'hypothèque.

895. 2° *L'hypothèque engendre un droit de préférence.* Ce droit de préférence porte sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Pour parvenir à l'exercer, le créancier hypothécaire est autorisé, comme d'ailleurs tout autre créancier lorsque l'immeuble hypothéqué fait encore partie du patrimoine du débiteur, à le saisir et à le faire vendre. Puis, dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix, il fera valoir son hypothèque. L'exercice du droit de préférence est subordonné à l'inscription de l'hypothèque (art. 2134), sauf les exceptions admises par la loi. L'inscription détermine, en principe, le rang du créancier hypothécaire, *prior tempore, potior jure ;* il prime les créanciers hypothécaires inscrits après lui et les créanciers chirographaires ; mais il est primé par les créanciers hypothécaires dont l'inscription est antérieure à la sienne, et aussi par les créanciers ayant privilège sur l'immeuble du chef du même débiteur (1). Cette règle toutefois n'a rien d'absolu en ce qui concerne les privilèges. Si elle est vraie pour le privilège du vendeur, si elle s'applique suivant nous au privilège du copartageant inscrit dans les soixante jours, il n'en est pas de même pour le privilège du constructeur qui ne grève l'immeuble que jusqu'à concurrence de la plus-value. Dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, le créancier hypothécaire sera primé par le constructeur (2). Le droit de préférence résultant du privilège n'est donc pas absolu.

(1) *Supra*, I, 787.
(2) *Supra*, I, 634.

896. 3° *L'hypothèque engendre un droit de suite.* Le droit de suite est un auxiliaire du droit de préférence : il permet au créancier hypothécaire de suivre son gage entre les mains du détenteur quel qu'il soit (art. 2166) et d'exiger de lui le paiement intégral de la dette (art. 2168) ; faute de quoi, le créancier est autorisé à faire vendre l'immeuble aux enchères pour exercer son droit de préférence sur le prix (art. 2169). L'exercice du droit de suite, comme celui du droit de préférence, est subordonné à la condition que l'hypothèque ait été inscrite en temps utile.

897. 4° *L'hypothèque est de sa nature indivisible.* « Hypo- » thèque ne se divise point », dit Loysel (1). A son tour, Dumoulin a donné au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque une formule qui est demeurée célèbre et dont il est facile de reconnaître la traduction dans l'art. 2114 : *Est tota in toto et tota in qualibet parte* (2). Cela signifie que l'immeuble, dans sa totalité et dans chacune de ses parties, est affecté au paiement de l'intégralité et de chaque fraction de la dette (3).

898. A. L'hypothèque est indivisible quant aux immeubles grevés. De là les deux conséquences suivantes :

a. Si plusieurs immeubles sont hypothéqués à une même dette, chacun répond de la dette pour le tout. Le créancier peut donc s'attaquer à celui de ces immeubles qu'il lui plaît de choisir, et, si le détenteur ne lui offre pas un paiement intégral, faire vendre cet immeuble aux enchères pour se payer sur le prix, par préférence aux autres créanciers, de la totalité de ce qui lui est dû. « *Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire* » (4).

(1) *Inst. cout.*, liv. III, tit. VII, sect. 17.

(2) *Extric. labyr. divid. et individ.*, pars II, 91.

(3) Pont, I, 330 s. ; Aubry et Rau, § 284, III, 4e éd. p. 412 et s., 5e éd. p. 674 et s. ; Laurent, XXX, 175 s. ; Colmet de Santerre, IX, 75 *bis*-IV s. ; Thézard, 36 ; Beudant, I, 277 ; Planiol, II, 2653, 2654. — V. pour le cas où le créancier aurait sur le même immeuble plusieurs inscriptions garantissant des créances différentes, Trib. civ. Vesoul, 26 juillet 1899, D., 00. 2. 41 (*Note* de M. Claro).

(4) L. 8, D., *De distractione pignorum* (XX, 5). — Cpr. Req., 18 nov. 1844, D., 45. 1. 55, S., 46. 1. 567. — Req., 11 juillet 1892, D., 94. 1. 115.

Cette question présente surtout de l'intérêt, lorsqu'il s'élève un conflit entre un créancier pourvu d'une hypothèque générale et un créancier investi d'une hypothèque spéciale. Nous retrouverons cette difficulté en étudiant les effets de l'hypothèque (1).

b. Si l'immeuble hypothéqué a été divisé par un partage entre plusieurs ayants droit, ou si une portion de cet immeuble a été vendue ou transmise à tout autre titre à un tiers, chaque portion de l'immeuble répond de la dette entière ; le créancier peut donc demander à chaque détenteur de l'une de ces fractions ce qu'il pourrait demander au détenteur de l'immeuble tout entier, c'est-à-dire le paiement intégral de la dette, si mieux n'aime ce dernier délaisser la portion d'immeuble qu'il détient ou en subir l'expropriation (*tota in qualibet parte*) (2).

899. B. L'indivisibilité de l'hypothèque doit aussi être envisagée au point de vue de la créance dont elle est la garantie. De ce principe découlent les deux conséquences suivantes :

a. L'extinction partielle de la créance garantie par l'hypothèque n'a pas pour résultat de rendre libre une portion correspondante de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués. Ainsi le paiement de la moitié de la dette hypothécaire n'affranchira pas de l'hypothèque une moitié de l'immeuble hypothéqué : cet immeuble restera affecté *en totalité* au paiement de la portion de la dette qui reste due (3). Nous avons déjà fait de cette règle, qui régit les privilèges aussi bien que les hypothèques, une application importante relative au privilège du constructeur (4).

b. Enfin, si le débiteur d'une dette hypothécaire meurt laissant plusieurs héritiers, la division de la dette, qui s'opèrera entre ces héritiers aux termes de l'art. **1220**, n'empêchera pas celui dans le lot duquel tombera l'immeuble hypothéqué

(1) *Infra*, III, 1959 s. — Paris, 27 avril 1888, D., 88. 2. 306.

(2) *Infra*, III, 1956. — Aubry et Rau, § 284, III, 4e éd. p. 412-413, 5e éd. p. 674 ; Guillouard, II, 636, III, 1532-I. — Civ. cass., 6 mai 1818. S., 18. 1. 292. — Req., 1er fév. 1848, D., 48. 5. 237.

(3) Aubry et Rau, § 284, III, 4e éd. p. 413, 5e éd. p. 674-675 ; Guillouard, II, 636, III, 1532-I. — Civ. rej., 20 décembre 1848, D., 49. 1. 81, S., 49. 1. 179.

(4) *Supra*, I, 633.

d'être tenu hypothécairement de la dette pour le tout [1], sauf son recours contre ses cohéritiers (art. 875, 1221) [2].

900. L'hypothèque est, de sa nature, indivisible, dit l'art. 2114 al. 2. De cette formule il ne faudrait pas conclure que cette indivisibilité est une indivisibilité *natura* ou *obligatione*, dans le sens que les art. 1217 et 1218 donnent à ces expressions. La cour de cassation paraît cependant avoir consacré l'opinion contraire [3]. Si telle est la portée de cet arrêt, il reproduit la doctrine que certains jurisconsultes avaient enseignée dans notre ancienne jurisprudence et dont Dumoulin avait démontré l'inexactitude [4]. La théorie de cet auteur peut se résumer en quelques mots. A ses yeux, l'hypothèque est indivisible non pas par sa nature, mais par la volonté des parties. Il rapproche l'indivisibilité de l'hypothèque de l'indivisibilité des conditions, qui ne peuvent être scindées, divisées, ou s'accomplir partiellement, l'hypothèque est en effet la condition de l'obligation dont elle est la sûreté, et, comme la condition, elle ne peut être divisée. L'indivisibilité de l'hypothèque n'a pas pour fondement la nature du droit [5]; l'esprit en conçoit parfaitement la division; rien ne s'oppose à ce que l'hypothèque s'éteigne graduellement et à ce que les immeubles grevés soient successivement libérés au fur et à mesure des paiements effectués [6]. L'indivisibilité de l'hypothèque trouve sa justification dans l'intérêt du créancier; elle a pour fondement la volonté des parties. Elle est de la nature de l'hypothèque, comme la garantie est de la nature de la vente, c'est-à-dire que l'indivisibilité existe en vertu des seules dispositions de la loi, qui l'établit dans l'intérêt du créancier, supposant qu'il n'aurait pas manqué de la stipuler s'il

(1) République Argentine, *C. civ.*, art. 3188.

(2) *Infra*, III, 1980. — Cpr. Civ. cass., 4 mai 1812, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1341, S., 12. 1. 321.

(3) Req., 29 juillet 1858, D., 59. 1. 125, S., 60. 1. 750.

(4) Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, p. 3, n. 27 et 28.

(5) V. cep. Beudant, I, 279, 281. Cet auteur voit dans l'indivisibilité de l'hypothèque une conséquence de la réalité du droit : il s'établit un rapport direct entre la créance et le fonds grevé et ce rapport est indépendant de la personne des débiteurs et de l'étendue de l'obligation dont chacun d'eux est tenu.

(6) Pont, I, 331; Laurent, XXX, 175.

eût été appelé à s'expliquer sur ce point, *tacite venit, tacite inest*. Cette intention est tellement conforme à la nature des choses, elle est tellement habituelle, que le législateur, comme le dit Rodière [1], a érigé l'indivisibilité en règle générale.

Mais l'indivisibilité n'est pas de l'essence de l'hypothèque, en ce sens que le créancier pourrait y renoncer par une déclaration formelle ; car c'est un bénéfice que la loi établit en sa faveur. Ainsi, deux immeubles étant hypothéqués au paiement d'une créance, on peut convenir que l'un de ces immeubles sera affranchi de l'hypothèque, quand une moitié de la dette aura été payée.

901. L'indivisibilité de l'hypothèque est, comme nous venons de le voir, sans influence sur la nature de l'obligation dont elle est la garantie. Malgré l'existence de cette sûreté, la dette ne se divisera pas moins entre les créanciers et les débiteurs conjoints ou entre les héritiers du créancier ou du débiteur, si l'objet de l'obligation est divisible. L'art. 2249 al. 2 le prouve à l'évidence.

Ainsi l'exercice de l'action hypothécaire contre un seul des héritiers, détenteur de l'immeuble hypothéqué, interrompra bien la prescription même de l'action personnelle contre cet héritier ; mais il sera sans influence sur la prescription de l'action personnelle, qui court au profit des autres héritiers [2].

De même celui des héritiers du débiteur, au lot duquel a été placé l'immeuble hypothéqué, a le droit d'offrir au créancier sa part et portion dans la dette, et le créancier ne peut pas refuser cette offre en argumentant de l'indivisibilité de l'hypothèque [3].

En sens inverse, chaque héritier du créancier a, pendant l'indivision, le droit de poursuivre le débiteur en paiement de la part et portion qui lui revient dans la créance. Celui-ci ne peut se défendre ni en arguant des éventualités du règle-

(1) Rodière, *Traité de l'indivisibilité*, 466.

(2) Leroux de Bretagne, *Prescr.*, I, 543 ; Pont, I, 333. — Req., 12 fév. 1829, *J. G.*, v° *Prescr. civile*, 633, S., 30. 1. 201. — V. aussi Vazeille, *Prescr.*, 244 ; Troplong, II, 878 *bis* et *Prescr.*, II, 658 s. ; Rodière, *Indivisibilité*, 470.

(3) Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 1322.

ment héréditaire [1], ni en exigeant que les héritiers s'entendent pour recevoir en même temps la totalité de la créance et lui donner une mainlevée complète et définitive de l'hypothèque. Edictée en faveur du créancier, l'indivisibilité de l'hypothèque ne saurait être retournée contre lui [2].

902. 5° *L'hypothèque, de même que le privilège, est un droit accessoire.* Comme le cautionnement et le nantissement, elle se rattache nécessairement à une créance dont elle a pour but d'assurer le paiement (arg. art. **2114**) [3].

De là il suit qu'elle ne peut pas être créée à ordre ou au porteur et transmissible isolément, indépendamment de toute créance, par le moyen d'un endossement ou de la tradition [4].

De là il suit encore que l'hypothèque ne peut accéder qu'à une obligation valable. L'inexistence ou l'annulation de l'obligation entraînerait l'anéantissement de l'hypothèque [5].

L'application de cette règle est sans difficulté lorsque la nullité est fondée sur un vice du consentement. Dans ce cas, l'exception opposée au créancier est une exception réelle; elle profite à la caution (art. **2036**); elle doit également profiter non seulement au débiteur qui a consenti une hypothèque, mais aussi, en principe du moins, au tiers qui a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui. Mais la nullité peut être fondée sur un vice inhérent à la personne du débiteur, sur son état de minorité par exemple. L'art. **2012** décide alors que le cautionnement n'en est pas moins valable, quoique l'obligation principale soit annulée pour ce motif. Faut-il appliquer la même règle à l'hypothèque? Si elle a été établie par le débiteur sur des immeubles à lui appartenant, il est évident que l'acte constitutif de l'hypothèque est, indépendamment de toute autre considération, entaché du même vice que l'obligation et qu'il doit avoir le même sort que celle-ci.

(1) Pont, I, 333; Guillouard, II, 639. — Bourges, 6 août 1828, *J. G.*, v° *Cont. de mar.*, 2296, S., 30. 2. 74. — Paris, 19 janv. 1831, *J. G.*, v° *Oblig.*, 1529, S., 31. 2. 676. — Grenoble, 8 juin 1847, S., 48. 2. 178. — Req., 9 nov. 1847, D., 48. 1. 49, S., 48. 1. 289.

(2) Req., 9 nov. 1847, D., 48. 1. 49, S., 48. 1. 289.

(3) Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2017, 2046. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3251-3252.

(4) Guillouard, II, 1004. — *Contra* Gillard, *Const. de l'hyp. convent.*, 226.

(5) Civ. rej. sur ce point, 1er août 1865, D., 65. 1. 356, S., 65. 1. 407.

L'hypothèque consentie par un tiers devra-t-elle, au contraire, être validée comme le cautionnement ? Nous serions assez portés à admettre l'affirmative. Malgré les dangers de ces assimilations de langage que nous redoutons, ne peut-on pas dire que le constituant est alors une *caution réelle* et lui appliquer les règles du cautionnement ? C'est l'opinion qui triomphe dans la doctrine [1] ; nous serions assez disposés à en accepter la conclusion.

Faut-il généraliser cette solution et la suivre dans tous les cas où l'annulation de l'obligation principale laisse subsister une obligation naturelle ?

C'est une question que nous toucherons en traitant de l'hypothèque conventionnelle [2].

902 I. Il n'est pas nécessaire que la créance garantie soit actuelle ; elle peut être éventuelle, qu'il s'agisse de l'hypothèque légale de la femme mariée ou du mineur ou d'une hypothèque conventionnelle [3].

903. De ce que l'hypothèque est un droit accessoire, il suit encore :

1° Que l'extinction de la créance hypothécaire entraîne, en principe tout au moins, l'extinction de l'hypothèque (art. 2180). *Sublato principali, tollitur accessorium ;*

2° Que l'hypothèque suit naturellement la créance partout où elle va. Ainsi l'hypothèque, qui garantit une créance mobilière appartenant à l'un des époux lors du mariage, tombera dans la communauté avec cette créance. L'hypothèque, il est vrai, constitue, comme nous le dirons tout à l'heure, un droit immobilier et l'art. 1404 exclut les immeubles de la communauté. Mais peu importe. La créance entraîne l'hypothèque à sa suite : l'accessoire suit le principal. De même, l'hypothèque qui garantit une créance mobilière appartiendra au légataire de tous les meubles, avec la créance dont elle est l'accessoire, et non au légataire de tous les immeubles [4].

(1) Delvincourt, III, p. 298 ; Battur, II, 263 ; Pont, II, 721 ; Thiry, IV, 512.
(2) *Infra*, II, 1280.
(3) *Infra*, II, 1280 I.
(4) *Infra*, III, 1933-3°. — Persil, sur l'art. 2114, II ; Aubry et Rau, § 284, III, 4e éd. p. 408, 5e éd. p. 666.

904. De ce que l'hypothèque est un droit accessoire, il ne s'ensuit pas qu'elle soit mobilière, quand la créance garantie est mobilière. La jurisprudence a fait justice de l'opinion contraire dans les cas, assez rares d'ailleurs, où elle a eu à statuer sur la question (1). Il faut dire avec elle que l'hypothèque du code (2) est toujours un droit immobilier, même quand la créance garantie est mobilière. Cette solution est pour nous une conséquence du caractère que nous lui avons reconnu de démembrement du droit de propriété (3). Elle est alors un immeuble par l'objet auquel elle s'applique au même titre que l'usufruit des immeubles et les servitudes ou services fonciers (art. 526). Cette solution nous paraît également vraie, si l'on refuse de voir dans l'hypothèque un démembrement du droit de propriété ; car elle est un droit dans un immeuble et comment un droit dans un immeuble pourrait-il être mobilier ?

On objecte que la nature d'un droit se détermine par la nature des avantages qu'il procure, que la créance étant mobilière l'hypothèque a pour but et pour résultat de mettre des meubles dans le patrimoine du créancier.

L'objection pourrait être fondée, si l'hypothèque n'était qu'une action dont la nature serait déterminée par les conséquences de son exercice, si on voulait la faire rentrer dans la dernière catégorie des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. Considérée sous ce rapport, l'hypothèque serait, dans notre hypothèse, un droit mobilier, parce qu'elle aurait pour objet d'assurer le paiement d'une somme d'argent, chose essentiellement mobilière. C'est l'une des considérations qui ont déterminé de nombreux auteurs à adopter l'opinion contraire (4).

(1) Req., 2 mars 1840, *J. G.*, v° *Faillite*, 701, S., 40. 1. 564. — Civ. cass., 18 juill. 1843, *J. G.*, v° *Minorité*, 514, S., 43. 1. 778. — Paris, 17 juill. 1866, *J. G.*, *Suppl.*, v° *Faillite*, 916, S., 67. 2. 23.

(2) Il en est autrement de l'hypothèque maritime qui, grevant un meuble, est mobilière.

(3) *Supra*, II, 894.

(4) Delvincourt, III, p. 293 ; Persil, I, sur l'art. 2118, VI ; Demante, II, 359 ; Duranton, XIX, 241 ; Tessier, *Quest. sur la dot*, 111 ; Troplong, *Louage*, I, 17 ; Mar-

Mais l'art. 526 admet d'autres catégories d'immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Pour ceux-ci, c'est la nature de la chose sur laquelle le droit s'exerce qui en détermine le caractère; on ne tient aucun compte de la nature des avantages qu'il procure. L'usufruit d'un immeuble confère à l'usufruitier le droit d'en percevoir les fruits; les fruits sont meubles; le droit n'en est pas moins un droit immobilier. Certaines servitudes présentent le même caractère; il en est ainsi notamment de la servitude de puisage, de la servitude qui consisterait dans le droit d'extraire d'un fonds du sable, de la terre. Cependant l'usufruit d'un immeuble, les servitudes sont des droits immobiliers. Pourquoi? Parce que l'objet sur lequel s'exercent l'usufruit, les servitudes, est un immeuble. De même, l'hypothèque s'exerce sur un immeuble; elle doit, pour le même motif, être rangée dans cette classe de biens.

On objecte encore que l'hypothèque est un droit accessoire, qu'elle doit prendre la nature de la chose principale à laquelle elle accède, *accessorium sequitur principale.*

Du caractère accessoire de l'hypothèque, il résulte bien qu'elle ne saurait subsister sans le principal. Elle naît et elle meurt avec lui. Mais pour qu'elle en prît la nature et qu'elle ne pût en être distinguée, il faudrait qu'elle se confondît avec lui. Or, il n'en est pas ainsi. Dira-t-on par exemple, comme paraît cependant l'admettre Demante [1], que le gage sera un droit immobilier si la créance garantie est immobilière? Nous ne saurions le croire et l'idée qu'une créance mobilière est garantie par une sûreté immobilière ne répugne pas à la raison. Par conséquent, la nature de la créance garantie est sans influence sur la nature de l'hypothèque.

Tel est bien le point de vue de la loi. Elle décide que pour s'obliger il suffit d'être capable de contracter (art. **1108**); mais pour hypothéquer, il faut être capable d'aliéner (art. **2124**). Cette distinction ne prouve-t-elle pas que les deux

cadé, II, sur l'art. 526, n. 4; Demolombe, *Distinct. des biens*, I, 471 et 472; Benech, *Du nantis. appliq. aux droits et reprises de la femme*, p. 79; Gauthier, *De la subrog.*, 571; Colmet de Santerre, IX, 75 *bis*-III.

[1] Demante, II, 350 *bis*-II.

droits ont une nature propre et sont soumis à des règles différentes ? La loi a encore décidé que l'hypothèque pouvait s'éteindre, lorsque l'immeuble grevé passe entre les mains d'un tiers détenteur, par la purge ou par la prescription, quoique la créance continue de subsister. C'est une nouvelle application du principe ; car l'hypothèque se prescrit comme un droit immobilier et non comme un droit mobilier (1).

La question que nous venons de discuter n'est pas purement théorique ; elle présente un intérêt pratique certain, lorsqu'il s'agit de déterminer la capacité requise pour renoncer à l'hypothèque et peut-être pour la céder (2).

905. De ce que l'hypothèque est un droit accessoire, on a voulu conclure qu'elle ne peut pas être détachée de la créance qu'elle garantit pour devenir la garantie d'une autre créance. Sans doute un créancier peut céder sa créance et avec elle l'hypothèque qui en dépend; la cession de la créance entraînera même de plein droit la cession de l'hypothèque. *Accessorium sequitur principale* (art. **1692** et **2112**). Faut-il en conclure que ces droits sont inséparables et dire avec d'éminents auteurs : « Mais la relation qui unit les privilèges et » hypothèques aux créances pour sûreté desquelles ils sont » établis est tellement intime qu'il est juridiquement impos- » sible de les en détacher pour les adjoindre à une autre » créance ou, en d'autres termes, d'en faire l'objet d'une véri- » table cession séparée ou indépendante de la transmission » de ces créances mêmes » (3).

Cette conception du droit hypothécaire ne paraît pas avoir

(1) Valette, 124 ; Martou, II, 691 ; Pont, I, 328 ; Aubry et Rau, § 165, texte et note 4, II, 4e éd. p. 24, 5e éd. p. 31 ; Laurent, V, 486, XXX, 174 ; Vaugeois, *Dist. des biens,* p. 249 ; Arntz, IV, 1126 ; Thiry, IV, 444 ; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 107 ; Guillouard, II, 633 ; Huc, XIII, 168 ; Lepinois, III, 1231 ; Garsonnet et Cézar-Bru, I, § 336, texte et note 6, p. 563 ; Beudant, I, 273 ; Planiol, II, 2648-2649 ; Surville, II, 614. — Cpr. Thézard, 35.

(2) V. Beudant, I, 273.

(3) Aubry et Rau, § 288, texte et note 2, III, 4e éd. p. 455, 5e éd. p. 746. — *Sic* Proudhon, *Usufr.*, V, 2236 ; Mourlon, *Des subrog.*, p. 585 ; *Transcr.*, II, 926 ; Gauthier, *De la subrog.*, 562 s. ; Benech, *Du nantiss. appliqué aux droits et reprises de la femme,* 18 s. ; Larombière, *Des oblig.*, III, p. 226, 235 et 239 ; Sevin, *Rev. crit.,* 1862, XX, p. 504 s. ; Bertauld, 11 s. ; Laurent, XXXI, 324 et 325. — Req., 25 janv. 1853, D., 53. 1. 12, S., 53. 1. 423.

été celle de notre législateur [1]; car elle est en opposition avec un texte formel, l'art. 1278. La novation est une cause d'extinction des obligations; avec l'obligation éteinte disparaissent les privilèges et les hypothèques qui en étaient l'accessoire. Ce principe rationnel est consacré par l'art. 1278. Mais la loi permet aux parties d'y déroger; elle les autorise à transférer ces sûretés à l'obligation nouvelle. Ce n'est pas l'ancienne créance qu'on exercera; elle est éteinte; seuls les privilèges et hypothèques survivent à la dette dont ils dépendaient; ils sont transportés à la nouvelle créance dont ils deviennent les accessoires, et ce résultat est obtenu par la volonté des parties. Ce que les parties peuvent faire dans une novation, pourquoi ne pourraient-elles pas le faire par toute autre convention, sous l'empire d'une législation où la liberté des contractants ne connaît pas d'autre limite que l'ordre public, les bonnes mœurs ou les prohibitions de la loi? C'est par ce moyen que plusieurs jurisconsultes expliquent la théorie du paiement avec subrogation. Par le paiement la créance est éteinte; par la subrogation les sûretés, qui en étaient l'accessoire, sont transférées aux obligations nées du mandat, de la gestion d'affaire ou de la société. Mais cette théorie est vivement controversée [2]; c'est pourquoi il nous paraît préférable de nous en tenir à l'argumentation déduite de l'art. 1278.

Cette solution, basée sur le texte de la loi, est en harmonie avec les principes. L'art. 2114 nous dit que l'hypothèque est un droit; elle a donc une existence propre; il ajoute qu'elle est un droit réel; elle est donc distincte de la créance qui n'engendre qu'un droit personnel. Par conséquent, elle peut être envisagée en elle-même, être isolée de la créance dont elle garantit le paiement et rien ne s'oppose à ce que sa transmission soit l'objet principal et direct d'une convention.

Pour qu'il en fût autrement il faudrait un texte prohibitif. Il n'en existe pas. On a cependant essayé de le trouver dans l'art. 775 Pr. civ. Mais cet article interdit les sous-ordres : il n'a aucun rapport avec notre question.

[1] Cpr. L. prussienne 5 mai 1872, *sur l'acquisition de la propriété immobilière et sur les droits réels immobiliers*, art. 52 s. — Brunswick, L. 8 mars 1878, art. 53.

[2] V. Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 1518.

Enfin on invoque, en faveur de notre opinion, l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 qui permet à la femme mariée de *céder son hypothèque légale* et la loi du 13 février 1889 qui parle des *cessionnaires* de l'hypothèque légale de la femme. On a dit : si la femme mariée peut céder son hypothèque légale sans transmettre en même temps sa créance contre son mari, il doit en être de même de tout autre créancier hypothécaire. Nous n'insistons pas sur cet argument, malgré la très grande importance que paraissent y attacher des auteurs (1). Le caractère des cessions de l'hypothèque légale est l'objet d'une très vive controverse et il n'est pas certain qu'elles opèrent une véritable transmission de l'hypothèque, comme celle que nous avons ici en vue.

Cette transmission de l'hypothèque ne saurait aggraver la charge qui pèse sur l'immeuble hypothéqué ; elle ne peut nuire aux tiers, notamment aux autres créanciers hypothécaires inscrits sur le même immeuble ; elle n'ajoute pas une nouvelle hypothèque à l'ancienne. Elle ne peut davantage préjudicier au propriétaire de l'immeuble hypothéqué et accroître le montant de ses obligations. Ainsi, si elle est consentie au profit d'un créancier du cédant, elle ne peut avoir pour résultat d'obliger le propriétaire à payer : 1° au cédant le montant de sa créance ; 2° au cessionnaire le montant de la somme pour laquelle l'hypothèque a été constituée. On déduit de ce principe cette conséquence : l'extinction de la créance du cédant entraîne l'extinction de l'hypothèque et le cessionnaire ne peut plus dorénavant s'en prévaloir.

Sous cette réserve, nous disons : sous l'empire de notre droit, à la différence de ce qui se passe à Brême pour les *Handfesten* et en Allemagne pour les *Grundschuldbriefe* (2), l'hypothèque est nécessairement l'accessoire d'une créance ; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit transférée d'une créance à une autre (3).

(1) Pont, I, 334 ; L. et A. Mérignhac, 17 et 18.

(2) V. également, sur la cession des lettres de créance hypothécaires (*Schuldbriefe*) et des lettres de gage (*Pfandbriefe*), Zurich, *C. civ.*, art. 385-386.

(3) Championnière et Rigaud, *Des dr. d'enregistr.*, II, 1135 ; Valette, 129 ; Troplong, *Transcr.*, 323 s. ; Pont, I, 334 et 459 ; Mourlon, *Transcr.*, II, p. 565 ; Mar-

Les dangers que présentent ces conventions, l'incertitude de la garantie qu'elles offrent en expliquent la rareté. Le créancier prudent aura recours à une cession de créance ou exigera que la créance lui soit donnée en nantissement avec tous ses accessoires. En observant les formalités prescrites par les art. 1690 et 2075, il se mettra à l'abri des causes d'extinction pouvant provenir du chef du créancier cédant ou du chef de celui qui a constitué le gage.

Ces conventions sont, au contraire, fréquentes quand il s'agit de l'hypothèque légale de la femme mariée. Les circonstances expliquent facilement cette différence. La créance de la femme mariée contre son mari est variable quant à son chiffre et incertaine quant à la date de son exigibilité. Elle dépend, en définitive, de la liquidation à faire lors de la séparation ou de la dissolution du mariage. Il est difficile, dans ces conditions, de recourir à une cession de créance ; la cession de l'hypothèque a été le moyen employé pour atteindre le but. Nous aurons plus loin à déterminer le caractère de ces conventions.

906. Dans tous les cas, le créancier hypothécaire peut céder à un autre créancier hypothécaire ou même simplement chirographaire le droit d'exercer son hypothèque jusqu'à concurrence de sa créance [1]. Cette convention, connue sous le nom de *subrogation*, avait donné lieu à une sérieuse controverse. Pratiquée surtout à l'occasion de l'hypothèque légale de la femme mariée, elle avait été validée par la jurisprudence. Son efficacité ne peut plus être mise en doute depuis les art. 8 et 20 du décret du 28 février 1852 *sur les sociétés de crédit foncier*, et l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 qui ont implicitement confirmé dans l'une de ses applications la doctrine admise par la jurisprudence.

lou, I, 174 ; Verdier, II, 722 ; Rivière et Huguet, 384 ; Bressolles, 101 ; Beudant, *De la subrog. aux droits d'hyp. et des sous-ordres*, 57 s. ; Colmet de Santerre, IX, 75 *bis*-VI à IX ; Thézard, 35 ; L. et A. Mérignhac, 17, 18 ; Gillard, *Constitut. de l'hyp. conv.*, 225 ; Guillouard, IV, 1697, 1732 ; Beudant, II, 862 ; Planiol, II, 3458. — Caen, 11 mars 1854, D., 55. 5. 446, S., 55. 2. 69. — Req., 31 janv. 1883, D., 83. 1. 316, S., 84. 1. 321. — Cpr. Toulouse, 29 fév. 1892, D., 92. 2. 277, S., 93. 2. 105.

[1] Aubry et Rau, § 288, texte et note 4, III, 4e éd. p. 456-457, 5e éd. p. 743.

Laissant de côté les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée, sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir [1], nous exposerons sommairement les règles de notre matière. Ces subrogations à une hypothèque ont pour objet la transmission d'un droit réel. Or, sous l'empire du code, les droits réels se transféraient entre vifs soit *inter partes*, soit à l'égard des tiers par le seul consentement et sans aucune publicité, sauf l'exception relative aux donations. La loi du 23 mars 1855 a réformé cet état de choses ; mais excepté pour les cessions ou subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée, elle n'a édicté aucune règle nouvelle sur les cessions d'hypothèque. Nous en conclurons que la subrogation à une hypothèque ordinaire [2] n'est soumise à aucune condition de forme ou de publicité, elle produit ses effets à l'égard des tiers du jour où elle est intervenue, pourvu que l'acte qui la constate fasse foi de sa date ou ait acquis date certaine [3]. Par prudence et pour éviter que l'inscription ne soit rayée sur la mainlevée du cédant, le cessionnaire devra faire mentionner sa cession en marge de l'inscription [4]. Nous n'insisterons pas sur les effets de cette subrogation ; ils sont les mêmes que ceux de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Nous les exposerons en étudiant cette dernière.

907. De même, le créancier hypothécaire peut consentir une cession de priorité [5] ou faire une promesse d'abstention [6]. Les effets de ces conventions sont moins étendus que

(1) *Infra,* II, 1038-1168.

(2) Japon, *C. civ.*, art. 375.

(3) Troplong, *Transcript.*, 344; Flandin, II, 1156, 1157, 1174; Aubry et Rau, § 288, texte et note 14, III, 4e éd. p. 460, 5e éd. p. 748; Guillouard, IV, 1701. — Toulouse, 21 juin 1887, D., 88. 2. 77. — Paris, 4 avril 1887, D., 89. 2. 115. — Paris, 3 juillet 1897, *Gaz. du Palais,* 97. 2. 474. — *Contra* Ducruet, 41.

(4) Aubry et Rau, § 288, III, 4e éd. p. 460, 5e éd. p. 748; Guillouard, IV, 1701. — Cass., 19 fév. 1895, *Pand. franc.*, 95. 1. 472.

(5) Loi prussienne 5 mai 1872, *sur l'acquisition de la propriété immobilière et sur les droits réels immobiliers,* art. 35. — Japon, *C. civ.*, art. 375. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2048.

(6) V. sur l'interprétation de ces clauses, Req., 18 juil. 1887, D., 87. 1. 475, S., 90. 1. 455. — Req., 9 janv. 1893, D., 95. 1. 105 (*Note* de M. de Loynes), S., 94. 1. 73. — Req., 8 nov. 1898, S., 99. 1. 399.

ceux des stipulations dont nous venons de parler. A plus forte raison sont elles valables. Qui peut le plus, peut le moins [1]. Mais il faut que le cédant ait le droit de disposer librement de la créance garantie par l'hypothèque [2].

La cession de priorité est une convention par laquelle un créancier hypothécaire cède à un autre créancier ayant hypothèque sur le même immeuble, le rang qui lui appartient et par l'effet duquel il est préférable à celui-ci. Elle ne peut intervenir qu'entre créanciers hypothécaires sur le même bien; l'un d'eux est préférable à l'autre; il lui cède son rang et lui transmet son droit de préférence [3]. Cette opération diffère à ce point de vue de la subrogation qui peut intervenir au profit d'un créancier chirographaire aussi bien que d'un créancier hypothécaire. La cession de priorité suppose deux créanciers hypothécaires sur le même immeuble, dont l'un prime l'autre.

La cession de priorité n'opère pas une cession ou une transmission de l'hypothèque; elle ne produit qu'une simple interversion de rang; elle n'a trait qu'au droit de préférence et n'intéresse pas le droit de suite [4]; elle n'est soumise à aucune condition de forme ou de publicité [5]; le rang des bénéficiaires des diverses cessions d'antériorité consenties par le même créancier est déterminé par la date des actes [6]. Il y a donc des différences profondes avec les cessions d'hypothèque.

D'un autre côté, le bénéficiaire de cette convention ne peut

[1] La validité de ces conventions est unanimement admise. Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 456, 5e éd. p. 742; Guillouard, IV, 1704 et s. — Req., 31 janvier 1883, D., 83. 1. 316, S., 84. 1. 321.

[2] Aubry et Rau, § 288, III, 5e éd. p. 744 — V. une application dans Lyon, 28 avril 1869, *J. G. Suppl.*, vo *Mariage*, 393. — *Contra* Caen, 9 juil. 1862, *J. G. Suppl.*, *eod. loc.*, S., 63. 2. 103.

[3] Pont, I, 480 à la note; Aubry et Rau, § 288, note 3, III, 4e éd. p. 456, 5e éd. p. 743; Colmet de Santerre, IX, 75 *bis*-XVI; Laurent, XXXI, 330; L. et A. Mérignhac, 155 et s.; Planiol, II, 3457, 3460. — Riom, 3 août 1863, D., 63. 2. 171, et sur pourvoi Civ. rej., 9 août 1865, D., 66. 1. 32, S., 65. 1. 447. — *Contra* Proudhon, *Usuf.*, V, 2339. — Paris, 24 août 1853, D., 54. 2. 105, S., 53. 2. 545.

[4] L. et A. Mérignhac, 162.

[5] Civ. rej., 21 mai 1901, D., 01. 1. 321.

[6] Bourges, 31 juil. 1899, S., 00. 2. 206.

en profiter que s'il a conservé son propre droit hypothécaire (1). C'est la conséquence même de la nature de l'opération, telle que nous l'avons définie. Elle se distingue ainsi de la subrogation à l'hypothèque, qui peut être invoquée par le subrogé alors même que son hypothèque est éteinte (2).

Si le bénéficiaire de la cession d'antériorité n'avait perdu que son rang, *v. g.* pour n'avoir pas renouvelé son inscription avant l'expiration du délai de dix ans et s'il avait pris une nouvelle inscription en temps utile, il pourrait bien se prévaloir de la convention, mais il serait tenu d'indemniser le cédant du préjudice que sa négligence cause à ce dernier (3).

Enfin la cession de priorité ne peut produire d'effet que si la créance du cédant existe encore et si l'hypothèque a été régulièrement conservée (4). Le cessionnaire exerce alors le droit de son cédant en son nom personnel et il peut l'invoquer de son chef, alors même que son cédant ne produit pas à l'ordre (5). Mais il n'exerce le droit du cédant que dans la limite de sa créance et des intérêts garantis par l'art. 2151 (6).

Rien ne s'opposerait, il nous semble, à ce que les parties donnassent à leur convention une portée plus étendue ; mais alors elle ne constituerait pas une simple cession d'antériorité ; elle revêtirait un autre caractère. Il appartient aux juges d'interpréter souverainement la volonté des parties (7).

Dans tous les cas, elle ne pourrait nuire aux tiers, notamment aux créanciers hypothécaires inscrits après le cédant

(1) Aubry et Rau, § 288, texte et note 7, III, 4e éd. p. 458, 5e éd. p. 745; Guillouard, IV, 1704.

(2) Pont, I, 477; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 40, III, 4e éd. p. 474, 5e éd. p. 779; Guillouard, IV, 1780-1; L. et A. Mérignhac, 160. — Req., 8 août 1853, D., 55. 1. 337, S., 54. 1. 551.

(3) Pont, I, 480; Aubry et Rau, § 288, texte et note 8, III, 4e éd. p. 458, 5e éd. p. 745; Guillouard, IV, 1705. — Riom, 3 août 1863, D., 63. 2. 133, S., 63. 2. 171 et sur pourvoi Civ. rej., 9 août 1865, D., 66. 1. 32, S., 65. 1. 447. — *Contra* Paris, 24 août 1853, D., 54. 2. 105, S., 53. 2. 545.

(4) Aubry et Rau, § 288, III, 4e éd. p. 457-458, 5e éd. p. 745. — Req., 25 janv. 1853, D., 53. 1. 12, S., 53. 1. 423. — Trib. civ. Grasse, 26 octobre 1891, S., 92. 2. 145.

(5) Pau, 17 juin 1889, D., 90. 2. 21.

(6) Nancy, 13 juillet 1886, D., 87. 2. 141.

(7) L. et A. Mérignhac, 159.

mais avant le cessionnaire. Elle ne peut pas davantage être invoquée par eux pour prétendre qu'elle a produit à leur égard l'extinction de l'hypothèque [1]. Comme toute convention elle n'a d'effet qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers [2]. Elle laisse donc au cédant le droit d'invoquer son hypothèque à l'égard de tous autres que le cessionnaire [3].

908. La promesse d'abstention produit des effets plus limités que la cession d'antériorité. Elle consiste dans la convention par laquelle un créancier hypothécaire renonce au profit d'un autre créancier, soit hypothécaire, soit même chirographaire, du même débiteur à se prévaloir de son droit de préférence. Elle ne confère pas au bénéficiaire le droit d'être colloqué au rang du promettant; elle oblige seulement ce dernier à ne pas produire, si sa collocation doit nuire au bénéficiaire de l'opération. Par là, elle se distingue de toutes les stipulations dont nous avons parlé : cession, subrogation, cession d'antériorité. Elle peut intervenir au profit d'un créancier chirographaire aussi bien qu'au profit d'un créancier hypothécaire [4]. Elle diffère ainsi de la cession d'antériorité. Le stipulant est donc primé par les créanciers hypothécaires postérieurs au promettant. Celui-ci aura, en conséquence, le droit de produire à l'ordre, si l'importance de ces créances enlève au stipulant tout intérêt à se prévaloir de la promesse d'abstention. Il en sera notamment ainsi si le montant de ces créances absorbe le prix de l'immeuble.

Supposons, par exemple, que trois créanciers hypothécaires soient inscrits sur un immeuble dans l'ordre suivant : *Primus* pour 10.000 fr., *Secundus* pour 20.000 fr., *Tertius* pour 10.000 fr. *Tertius* est en outre bénéficiaire d'une promesse d'abstention à lui faite par *Primus*.

(1) Aubry et Rau, § 288, III, 4e éd. p. 458, 5e éd. p. 746 ; Guillouard, IV, 1705-I ; L. et A. Mérignhac, 158 ; de Loynes, *Note* dans D., 95. 1. 105. — Paris, 15 déc. 1881 et sur pourvoi Req., 31 janv. 1883, D., 83. 1. 316, S., 84. 1. 321. — Req., 9 janv. 1893, D., 95. 1. 105, S., 94. 1. 73. — *Contra* Bertauld, 21.

(2) Aubry et Rau, § 288, III, 4e éd. p. 458, 5e éd. p. 746. — V. une application de ce principe dans Civ. rej., 9 août 1865, D., 66. 1. 32, S., 65. 1. 447.

(3) Req., 9 janv. 1893, D., 95. 1. 105, S., 94. 1. 73.

(4) *Contra* L. et A. Mérignhac, 177.

Si l'immeuble est vendu 30.000 fr., *Tertius* aura intérêt à se prévaloir de la promesse d'abstention ; il en aura le droit. *Secundus* sera colloqué pour 20.000 fr., *Tertius* recevra les 10.000 fr. qui auraient été attribués à *Primus* s'il n'avait pas promis de s'abstenir d'user de son droit.

Si, au contraire, l'immeuble est vendu 20.000 fr., *Primus* pourra invoquer son hypothèque et sera colloqué pour les 10.000 fr. qui lui sont dus. Son abstention ne profiterait pas à *Tertius ; Secundus* absorberait la totalité du prix de l'immeuble.

Ces principes conduisent à une autre application que nous signalons en passant sans insister. Si le bénéficiaire de la promesse d'abstention est un créancier chirographaire et si l'immeuble hypothéqué a été aliéné, la convention ne produira aucun effet. L'exercice de son hypothèque par le promettant ne peut pas nuire au stipulant ; celui-ci n'a aucun droit sur le bien qui, par l'aliénation, est sorti du patrimoine du débiteur et a cessé d'être son gage.

CHAPITRE II

DES BIENS SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUES

909. « *Sont seuls susceptibles d'hypothèques.* — 1° *Les* » *biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs acces-* » *soires réputés immeubles ;* — 2° *L'usufruit des mêmes biens* » *et accessoires pendant le temps de sa durée* » (1). Ainsi s'exprime l'art. 2118.

(1) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 45. — Italie, *C. civ.*, art. 1967. — Monaco, *C. civ.*, art. 1956. — Espagne, *C. civ.*, art. 1974, 1977 ; *L. hyp.*, art. 106-108, 110-111. — Portugal, *C. civ.*, art. 889-890, 891-1°, 894. — Fribourg, *C. civ.*, art. 650. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1715. — Tessin, *C. civ.*, art. 1145. — Vaud, *C. civ.*, art. 1586. — Valais, *C. civ.*, art. 1877 (L. 29 nov. 1882). — Lucerne, L. de 1831, art. 1. — Berne, *C. civ.*, art. 470. — Zurich, *C. civ.*, art. 326. — Appenzell, L. 27 avril 1884, art. 1. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1210. — Allemagne, *C. civ.*, art. 1114, 1120. — Finlande, L. 9 nov. 1869. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 52. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1749. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 2. — Japon, *C. civ.*, art. 369. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3256. — Mexico, *C. civ.*, art. 1951, 1964. — Haïti, *C. civ.*, art. 1885. — Guatémata, *C. civ.*, art. 2022, 2024-2025. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3110. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2287. — Chili, *C. civ.*, art. 2418.

Il résulte de ce texte que les meubles ne peuvent pas servir d'assiette à l'hypothèque, mais seulement les immeubles. L'art. 2114 avait déjà indiqué cette règle dans la définition qu'il donne de l'hypothèque. Encore faut-il, pour qu'un immeuble soit susceptible d'hypothèques, qu'il se trouve compris dans l'énumération légale qui est limitative : Sont *seuls* susceptibles d'hypothèques.

910. Avant d'étudier les différents termes de cette énumération, il convient de dégager le principe auquel elle se rattache. Or, si on compare l'art. 2118, qui énumère les immeubles susceptibles d'hypothèques, avec l'art. 2204, qui donne l'énumération des immeubles susceptibles d'expropriation forcée, on est frappé de la similitude de ces deux textes qui paraissent calqués l'un sur l'autre. Cette similitude serait-elle le résultat du hasard? C'est bien peu probable. Vraisemblablement, elle vient de ce que le législateur a considéré comme ne pouvant servir d'assiette à l'hypothèque que les immeubles susceptibles d'expropriation forcée, c'est-à-dire ceux qui peuvent être saisis et vendus aux enchères. C'est, du reste, la conséquence logique et nécessaire de la nature de l'hypothèque; elle est une cause de préférence; elle a pour but, en général, d'assurer le paiement d'une somme d'argent; elle s'exerce sur le prix de l'immeuble grevé; il faut donc que ce bien soit susceptible d'être vendu et, pour sauvegarder les intérêts du débiteur, la loi exige qu'il soit vendu aux enchères.

Ainsi se trouvent exclus tout d'abord les immeubles placés hors du commerce, tels que les immeubles faisant partie du domaine public de l'Etat, du département ou de la commune. Sont également exclus certains immeubles qui, tout en étant dans le commerce, ne sont pas cependant susceptibles d'être saisis et vendus aux enchères, comme les servitudes actives considérées abstraction faite du fonds auquel elles sont attachées. Cette double exclusion est d'ailleurs fort rationnelle; car l'hypothèque, assise sur des biens placés hors du commerce, qui ne peuvent être aucunement vendus, serait illusoire : *Quo mihi pignus, si id vendere non liceat?* dit Cujas. Celle qui porterait sur des immeubles susceptibles d'être vendus à l'amiable, mais non aux enchères, pourrait bien

servir à quelque chose ; mais la loi n'a pas voulu l'autoriser, parce que la faculté accordée à un créancier hypothécaire de vendre à l'amiable le bien hypothéqué aurait pu être la source de graves abus, rien ne garantissant que la vente ne sera pas faite à vil prix, au grand préjudice du débiteur.

On peut donc établir comme principe que les seuls immeubles susceptibles d'hypothèques sont ceux qui peuvent être saisis et vendus aux enchères.

La loi, pour déterminer les immeubles susceptibles d'hypothèques, ne prend en considération que la nature du bien ; elle ne se préoccupe pas de la personne du propriétaire. C'est pourquoi on admet, en général, que les immeubles dépendant du domaine privé d'une commune, quoiqu'ils ne soient pas en principe susceptibles d'être saisis, peuvent néanmoins être frappés d'une hypothèque conventionnelle, parce que l'aliénation en est permise. Sont-ils également atteints par l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement de condamnation ? Nous étudierons cette question en traitant de l'hypothèque judiciaire [1].

911. Abordons maintenant l'énumération faite par la loi des immeubles susceptibles d'hypothèques.

On sait qu'il existe quatre catégories d'immeubles, savoir : les immeubles par nature, les immeubles par destination, les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent et les immeubles par déclaration. Nous allons passer en revue ces quatre catégories et voir quels sont, parmi les immeubles qu'elles contiennent, ceux que la loi déclare susceptibles d'hypothèques.

I. *Immeubles par nature.*

912. Cette catégorie comprend d'abord les fonds de terre et les bâtiments, puis les moulins à vent ou à eau fixes sur piliers ou faisant partie du bâtiment (art. 518 et 519). La loi du 11 brumaire an VII les appelait *Biens territoriaux*. Il est incontestable que ces divers immeubles sont susceptibles d'être hypothéqués, quand ils sont dans le commerce.

[1] *Infra*, II, 1244.

C'est à eux très certainement que le législateur songeait, lorsqu'il a déclaré susceptibles d'hypothèques « les biens immobiliers qui sont dans le commerce ». La preuve que cette formule ne comprend pas d'une manière générale, comme on pourrait le croire au premier abord, tous les biens que le code civil déclare immeubles dans le chap. Ier du livre II, c'est que la loi parle immédiatement après des accessoires réputés immeubles, c'est-à-dire des immeubles par destination, et de l'usufruit des immeubles qui est immeuble par l'objet auquel il s'applique.

913. L'hypothèque peut être établie soit sur la pleine propriété, soit sur la nue propriété de ces biens. La loi n'a, dans aucune de ses dispositions, distingué la nue propriété de la pleine propriété pour les soumettre à des règles différentes. La nue propriété n'est en réalité qu'une pleine propriété en expectative. Fatalement, dans un délai plus ou moins long, la jouissance fera retour au nu propriétaire et rétablira son droit dans sa plénitude. Par conséquent, la nue propriété, comme la propriété et dans les mêmes cas, est un immeuble par nature. Comme la pleine propriété, elle est susceptible d'hypothèques. Si l'usufruit vient à se réunir à la nue propriété avant l'extinction de l'hypothèque, cette amélioration profite au créancier hypothécaire qui désormais exercera son droit sur la pleine propriété (arg. art. 2133) (1).

914. Quant aux fruits pendants par branches ou par racines, que l'art. 520 range aussi dans la catégorie des immeubles par leur nature, une distinction est nécessaire. Ces fruits ne peuvent pas être hypothéqués *principaliter,* c'est-à-dire abstraction faite du fonds auquel ils sont attachés (2). Ce n'est pas, comme on le dit, parce que les fruits pendants sont un accessoire de l'immeuble et que l'accessoire ne peut pas être hypothéqué sans le principal : leur qualité d'accessoire n'empêche pas qu'on puisse les vendre ou les saisir (saisie-brandon) séparément du fonds ; comment pourrait-elle empêcher qu'ils fussent hypothéqués ? Mais les fruits pendants sont considérés comme meubles, quand on les envisage abstrac-

(1) *Supra,* I, 594 ; *infra,* III, 1941.
(2) Espagne, *L. hyp.,* art. 108-1°.

tion faite du fonds qui leur donne la vie, et c'est pour cela qu'ils ne peuvent pas être hypothéqués séparément de ce fonds, les meubles n'étant pas, dans notre droit, susceptibles d'hypothèques. Au contraire les fruits, envisagés comme une dépendance du fonds auquel ils adhèrent, sont immeubles : *fructus pendentes pars fundi esse videntur.* Rien ne s'oppose donc à ce qu'ils soient hypothéqués avec le fonds ; ils sont même atteints de plein droit, en qualité d'accessoires, par l'hypothèque qui grève le fonds.

Ne concluez pas de là que le propriétaire d'un fonds grevé d'hypothèques soit privé du droit d'en percevoir les fruits au préjudice des créanciers hypothécaires. L'hypothèque n'enlève pas au propriétaire le droit de jouir de son bien ; il pourra donc recueillir les fruits et en disposer, même les vendre sur pied, sans que les acquéreurs puissent être inquiétés par le créancier hypothécaire. La raison en est que les fruits sont mobilisés par leur séparation du sol ou par la vente qui en est faite sur pied ; devenus meubles, ils échappent nécessairement à l'hypothèque. Le tout sauf le cas de fraude (1).

Il y a cependant un événement qui enlève au propriétaire le droit de disposer des fruits au préjudice des créanciers hypothécaires : c'est la transcription de la saisie de l'immeuble (art. 682 Pr. civ.). Cette transcription immobilise en effet les fruits ; elle les immobilise, en ce sens que le prix en sera distribué, comme celui de l'immeuble, par ordre d'hypothèques. Ce résultat se produit, non seulement quant aux fruits naturels et industriels, mais aussi quant aux fruits civils (art. 685 Pr. civ.). La transcription de la saisie immobilise donc tous les fruits sans distinction.

Nous nous bornons pour le moment à ces indications sommaires. Nous nous réservons de revenir en détail sur tous ces points en étudiant les effets de l'hypothèque (2).

915. Pour terminer ce qui concerne l'hypothèque des immeubles par nature, disons un mot des mines (3).

(1) Cpr. Dijon, 6 juil. 1883, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 420, S., 84. 2. 44.
(2) *Infra*, III, 1951-1955.
(3) Espagne, *L. hyp.*, art. 108-9°. — En Suède, les mines sont meubles, elles peuvent néanmoins être hypothéquées (hypothèque industrielle).

Il résulte de la loi du 21 avril 1810, qu'une mine, quand elle est concédée, constitue une propriété distincte du sol qui la recèle, propriété immobilière, bien entendu, et immobilière par sa nature (art. 8). Il existe donc alors deux immeubles distincts : le sol ou surface, et le sous-sol ou mine, susceptibles l'un et l'autre d'hypothèques distinctes (art. 19) (1). L'hypothèque qui grève la surface affecte en même temps la valeur de la redevance (art. 18). Ce texte nous paraît signifier que, le droit à la redevance étant attaché à la propriété de la surface, dont elle forme un accessoire, l'hypothèque établie sur la surface s'étend au droit à la redevance (2); de sorte que le créancier hypothécaire pourra saisir et faire vendre aux enchères la surface avec le droit à la redevance, et le prix total payé par l'adjudicataire sera distribué par ordre d'hypothèques. D'où il faut conclure, d'une part, que le droit à la redevance ne pourrait pas être hypothéqué séparément de la surface, et d'autre part que, si le droit à la redevance avait été cédé par le propriétaire de la surface, ce droit, perdant alors son caractère d'accessoire, cesserait en même temps d'être immobilier, et par suite ne serait plus susceptible d'être atteint par les hypothèques grevant la surface (3).

Le concessionnaire de la mine peut céder à un tiers le droit de l'exploiter. Celui-ci ne bénéficie que des produits de l'extraction, qui constituent des meubles. L'objet de la cession est donc mobilier. Le droit du cessionnaire n'est pas susceptible d'hypothèques.

915 I. Les carrières n'étant et ne pouvant être entre les mains du propriétaire du sol qu'un accessoire de son droit, ne sont pas susceptibles d'hypothèques.

(1) Pont, I, 370; Laurent, XXX, 200; Colmet de Santerre, IX, 78 *bis*-VI; Thézard, 39; Aubry et Rau, § 259, III, 4e éd. p. 125, 5e éd. p. 203.

(2) Aubry et Rau, § 165, II, 4e éd. p. 25, 5e éd. p. 34; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 118; Beudant, I, 325; Surville, II, 617.

(3) Aubry et Rau, § 165, note 15, II, 4e éd. p. 27, 5e éd. p. 34; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 118 et 334. — Civ. cass., 13 nov. 1848, D., 48. 1. 245, S., 48. 1. 682. — Civ. rej., 15 janv. 1849, D., 49. 1. 74. — Civ. rej., 24 juill. 1850, D., 50. 1. 262, S., 51. 1. 63. — *Contra* Ballot, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1847, IV, p. 417; Demolombe, *Dist. des biens*, I, 649.

Mais s'il y avait eu cession de la propriété du sous-sol, ce droit pourrait être hypothéqué [1]. Il en serait autrement si la cession avait seulement pour objet le droit d'exploiter la carrière.

915 II. Le droit résultant d'une concession perpétuelle dans un cimetière ne peut pas être hypothéqué, parcequ'il n'est pas dans le commerce [2].

II. *Immeubles par destination.*

916. C'est aux immeubles par destination que l'art. 2118 fait allusion, lorsque, après avoir déclaré susceptibles d'hypothèques les immeubles par nature, il ajoute : *et leurs accessoires réputés immeubles.* Les immeubles par destination sont des objets mobiliers auxquels la loi attribue fictivement la qualité d'immeubles parce que, à raison du lien matériel ou intellectuel qui les attache à un fonds, ils deviennent des accessoires de ce fonds [3]. De là il suit que les immeubles par destination ne peuvent pas être hypothéqués séparément ; car, lorsqu'on les isole du fonds dont ils sont une dépendance, ils perdent leur caractère d'immeubles [4]. Mais ils peuvent être hypothéqués avec ce fonds, ils sont même atteints de plein droit par l'hypothèque qui le grève. Nous retrouverons d'ailleurs cette règle dans l'art. 2133 qui l'applique à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, sans distinguer entres celles qui constituent des immeubles par nature et celles qui créent des immeubles par destination [5]. Le législateur aurait exprimé ces vérités en termes beaucoup plus nets, s'il avait dit, comme l'a fait la loi belge du 16 déc. 1851 : « *L'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés* » *immeubles* » (art. 45). Cette formule aurait eu, en outre, l'avantage de montrer que l'hypothèque constituée sur un fonds

(1) Cpr. Laurent, XXX, 201.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage,* I, 26 ; Hauriou, *Note* dans S., 92. 3. 43.

(3) Huc, XIII, 171. — Cpr. Guillouard, II, 602, qui paraît exiger qu'ils soient attachés au fonds *à perpétuelle demeure.* — Bordeaux, 23 oct. 1899, D., 01. 2. 20.

(4) Espagne, *L. hyp.,* art. 108-2°. — Zurich, *C. civ.,* art. 56. — Japon, *C. civ.,* art. 370.

(5) *Infra,* III, 1944-1946.

atteint, non seulement les objets qui avaient la qualité d'immeubles par destination lors de la constitution de l'hypothèque, mais aussi ceux qui l'acquièrent postérieurement. Telle a certainement été la pensée du législateur, mais il eût été bon de l'exprimer.

917. L'immobilisation par destination cesse avec la cause qui l'a produite [1]. Si donc le propriétaire sépare définitivement de son fonds les objets immobilisés, ces objets redeviennent meubles et le créancier ayant hypothèque sur le fonds ne peut pas inquiéter les tiers acquéreurs de bonne foi auxquels ils auraient été livrés ; car les meubles n'ont pas de suite par hypothèque [2] (art. **2119**).

Que si le propriétaire de l'immeuble avait seulement vendu lesdits objets sans les livrer, le créancier hypothécaire pourrait s'opposer à la livraison, l'acquéreur fût-il de bonne foi. On objecte que la vente a suffi pour mobiliser les immeubles par destination ; donc, dit-on, ces objets sont soustraits à l'hypothèque, puisque l'hypothèque ne peut porter que sur des immeubles. La réponse est que, la vente étant *res inter alios acta* par rapport au créancier hypothécaire, la mobilisation qui en résulte ne lui est pas opposable ; cette mobilisation n'existe que dans les rapports du vendeur et de l'acheteur.

Nous aurons l'occasion de développer ces règles en présentant le commentaire de l'art. **2133** [3].

III. *Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.*

918. Cette troisième catégorie comprend les immeubles incorporels, c'est-à-dire des droits qui ont des immeubles pour objet (art. 526). Les principaux sont : l'usufruit des choses immobilières, le droit d'usage sur ces mêmes choses, le droit d'habitation, les servitudes, les actions immobilières et l'hypothèque.

Ces divers droits sont-ils susceptibles d'hypothèques ?

(1) Douai, 16 déc. 1886, D., 88. 2. 43, S., 88. 2. 115. — Req., 21 nov. 1894, D., 95. 1. 277, S., 96. 1. 230.

(2) Douai cité à la note précédente.

(3) *Infra*, III, 2003-2010.

919. L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui concerne l'usufruit des choses immobilières : l'art. 2118 est formel [1].

C'est le droit d'usufruit qui peut être hypothéqué, et non les fruits qui en sont le produit. Les fruits se distinguent de l'usufruit, comme les intérêts se distinguent du capital, ou les arrérages, de la rente qui les produit : l'usufruit, la rente sont la cause productive : les fruits, les intérêts ou arrérages sont le produit. Si donc un usufruitier a hypothéqué son usufruit, le créancier hypothécaire ne pourra pas demander que les fruits produits par la chose grevée d'usufruit lui soient attribués, au fur et à mesure des perceptions, par préférence aux autres créanciers de l'usufruitier. L'usufruitier conserve le droit de percevoir ces fruits; et, une fois entrés dans son patrimoine, ils servent de gage à tous ses créanciers indistinctement. Quel est donc le droit du créancier qui a hypothèque sur un usufruit? Il peut, faute de paiement à l'échéance, saisir l'usufruit et le faire vendre aux enchères pour se payer par préférence sur le prix.

920. Celui qui a la pleine propriété d'un immeuble pourrait-il en hypothéquer seulement l'usufruit ou seulement la nue propriété?

Nous n'hésitons pas, malgré la controverse, à nous prononcer en faveur de la négative. D'une part, l'usufruit dont parle l'art. 2118 ne peut être que l'usufruit tel qu'il est défini dans l'art. 578 et consistant dans le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété. D'autre part la loi n'attribue pas au propriétaire sur la chose qui lui appartient : 1° un droit de nue propriété, 2° un droit de jouissance. Elle lui reconnaît un droit unique [2], un droit de propriété qui lui confère la faculté de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue (art. 544). Nous ne pouvons pas diviser entre les mains du propriétaire un droit dont le législateur proclame l'unité. Cette solution prévient enfin les difficultés de la ventilation qui deviendrait nécessaire dans le cas où, le propriétaire n'ayant hypothéqué que son droit de jouis-

[1] République Argentine, *C. civ.*, art. 3120. — Chili, *C. civ.*, art. 2423.
[2] Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 436.

sance, les créanciers chirographaires auraient saisi et fait vendre la propriété de l'immeuble grevé [1].

921. La règle de l'art. **2118** ne s'applique qu'à l'usufruit proprement dit. Elle ne saurait être étendue au droit de jouissance que l'art. **384** accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans [2].

On objecte cependant que la loi donne à cette jouissance la qualification d'usufruit (art. **601**) et que l'usufruitier peut vendre ou céder son droit (art. 595). On en conclut que les père et mère doivent avoir, comme l'usufruitier ordinaire, la faculté d'hypothéquer leur droit (art. **2118**).

L'argument est en forme; il ne nous paraît pas toutefois déterminant. Car il existe entre les deux cas une immense différence. Le droit de jouissance conféré par la loi aux père et mère ne saurait en effet être assimilé à un droit d'usufruit ordinaire. Il n'est pas un droit principal, mais un droit accessoire; il est une des conséquences de la puissance paternelle; il leur a été attribué pour leur permettre de remplir les devoirs que la nature et la loi leur imposent, spécialement le devoir d'éducation. D'après l'art. 385 notamment, ils sont tenus d'entretenir et d'élever leurs enfants selon la fortune de ceux-ci. Or, comment pourraient-ils remplir ce devoir, si, à la suite d'une poursuite hypothécaire, les revenus étaient immobilisés au profit de créanciers hypothécaires ou le droit lui-même exproprié ? Cette jouissance est attribuée comme une compensation du droit et du devoir d'administrer. Elle s'explique par la volonté du législateur de dispenser les père et mère de l'obligation de rendre compte et par sa conviction que les parents agiront plutôt dans l'intérêt de l'avenir de leurs enfants que dans leur intérêt personnel. Admettre que ce droit peut, à la suite d'une cession amiable ou d'une expropriation forcée, être exercé par un tiers, n'est-ce pas

[1] Martou, II, 735; Aubry et Rau, § 259, texte et note 6, III, 4e éd. p. 125, 5e éd. p. 203; Thézard, 39; de Loynes, *Femme mariée sous le régime dotal. Obligations nées pendant le mariage. Exécution*, 14; Thiry, IV, 446; Guillouard, II, 666. — Civ. cass., 12 avril 1836, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 735, S., 36. 1. 366. — *Contra* Troplong, II, 400; Battur, II, 245, 246; Pont, I, 381; Laurent, XXX, 211; Lepinois, III, 1254.

[2] Espagne, *L. hyp.*, art. 108-7°.

créer une situation contraire aux intentions des rédacteurs de la loi?

Il importe donc à l'intérêt public que cette jouissance ne soit pas séparée de la puissance paternelle. Leur réunion fournit au père le moyen de remplir son devoir d'éducation; elle est une garantie de bonne administration. Leur séparation enlèverait au père la gestion d'un patrimoine que la loi lui confie; elle donnerait naissance à des difficultés pour fixer la part des revenus nécessaires à l'éducation des enfants et celle qui serait attribuée à l'adjudicataire. Enfin elle compromettrait l'exercice même de la puissance paternelle. Que deviendrait pour le père la faculté d'émanciper son enfant, si la cession par lui consentie, l'hypothèque par lui constituée faisaient obstacle à l'exercice de son pouvoir, parce qu'il devrait respecter les droits concédés? Ne serait-ce pas priver l'enfant d'avantages que doit légalement lui conférer son émancipation? Ne serait-il pas dangereux de donner ainsi à un père un intérêt pécuniaire à refuser son consentement à un mariage? La loi, dans sa sagesse, a toujours fait en sorte de prévenir de semblables conflits. Il doit en être de même dans notre matière. La loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle (art. 1) met en évidence le lien très étroit qui existe entre cette puissance et le droit de jouissance. N'est-il pas logique d'en conclure qu'ils sont inséparables? Le législateur lui-même paraît s'être placé à ce point de vue; car la loi du 22 frimaire an VII ne soumet pas à un droit proportionnel la jouissance légale des père et mère (1). Ces considérations nous déterminent à dire que le droit de jouissance légale n'est susceptible ni d'être cédé, ni d'être saisi et vendu aux enchères publiques; il ne peut pas être hypothéqué (2).

(1) Civ. cass., 15 juin 1842, *J. G.*, v° *Enreg.*, 3976, S., 42. 1. 695.

(2) Duranton, IV, 486; Valette sur Proudhon, II, p. 266 et 267 à la note; Demolombe, *Puiss. patern.*, 527; Demante, II, 120 *bis;* Aubry et Rau, § 550 *bis,* texte et note 5, 4e éd., VI, p. 84; Martou, II, 736; Pont, I, 379; Thézard, 39; Guillouard, II, 667; Lepinois, III, 1253; Beudant, I, 323; Planiol, II, 2726; Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, 156. — Bordeaux, 19 juin 1849, D., 50. 2. 22, S., 49. 2. 681. — *Contra* Proudhon, *Usufr.*, I, 125 et 221; Duvergier, *Vente,* I, 213; Laurent, XXX, 209 *bis* et 210.

922. Des motifs analogues nous conduisent à décider également que le mari ne peut hypothéquer ni le droit de jouissance qui appartient à la communauté sur les biens propres des époux, ni le droit de jouissance dont il est personnellement investi sur les biens de sa femme sous le régime exclusif de communauté ou sur les biens dotaux sous le régime dotal [1]. Ces attributions des revenus ne sont que le règlement de la contribution des époux aux charges du ménage; on ne saurait les envisager comme constituant un véritable usufruit, c'est-à-dire un démembrement du droit de propriété.

923. Il en est de même, pour le même motif, du droit de jouissance attribué aux envoyés en possession provisoire des biens d'un absent (art. **127**) [2].

924. Rien n'est plus fragile que l'hypothèque assise sur un droit d'usufruit; aussi cette convention est-elle très rare; en fait l'usufruit n'est atteint que par les hypothèques générales En effet toute cause qui produit l'extinction de l'usufruit entraîne par voie de conséquence l'extinction de l'hypothèque; car l'hypothèque doit nécessairement avoir une base; elle s'évanouit donc quand sa base est détruite. C'est l'idée qu'a voulu exprimer l'art. **2118** par ces mots *pendant le temps de sa durée*.

Ce principe appelle cependant quelques réserves; il est des cas dans lesquels l'extinction de l'usufruit n'entraîne pas ou n'entraîne pas nécessairement l'extinction de l'hypothèque qui le grève.

Ainsi la consolidation, qui se réalise lorsque l'usufruitier acquiert la nue propriété de l'immeuble sur lequel porte son droit, n'est pas une cause d'extinction de l'hypothèque de l'usufruit. La consolidation n'atteint pas en effet l'usufruit en lui-même, elle opère seulement confusion; la confusion n'est pas véritablement une cause d'extinction des droits; elle n'est en réalité qu'un fait rendant impossible l'exercice d'un droit spécial de jouissance sur une chose dont on est proprié-

(1) Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 464; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, 308, III, 1463, 1644; Lepinois, III, 1253; Beudant, I, 323; Planiol, II, 2726.

(2) Pont, I, 380; Lepinois, III, 1253; Beudant, I, 323.

taire. Elle ne produit donc que des effets purement relatifs. Cette impossibilité existe à l'égard de l'usufruitier ; elle n'existe pas à l'égard du créancier hypothécaire. Celui-ci conservera tous ses droits. Ajoutons que l'usufruitier ne peut pas, par son fait, porter atteinte aux droits de son créancier hypothécaire. Il est donc juste que l'acquisition par lui faite de la nue propriété ne préjudicie pas à ce dernier (1).

A plus forte raison en doit-il être de même, lorsque le droit de l'usufruitier est, par l'effet d'un acte quelconque et sans qu'il y ait extinction, transmis au nu propriétaire entre les mains duquel il vient se réunir à la nue propriété.

Ces considérations expliquent la différence que nous établissons entre cette hypothèse et celle où un propriétaire n'hypothèque que l'usufruit de l'immeuble qui lui appartient en pleine propriété. Dans la première, l'hypothèque continue de subsister et de produire ses effets, parce qu'elle a été valablement constituée et que nulle atteinte ne peut lui être portée par le fait du constituant ou de son chef. Dans la seconde, au contraire, l'hypothèque ne peut pas naître pour les motifs que nous avons indiqués (2).

Dans le cas de vente pour un prix unique de la pleine propriété d'un immeuble grevé d'usufruit, le créancier ayant hypothèque sur l'usufruit a le droit de faire déterminer par une ventilation la fraction du prix représentative de la valeur de cet usufruit, sur laquelle il demandera sa collocation par préférence (3). On ne peut pas le contraindre à se contenter d'une collocation sur les intérêts de ce prix.

925. L'usufruit s'éteint aussi par la renonciation de l'usufruitier. Les créanciers peuvent la faire annuler lorsqu'elle a eu lieu à leur préjudice (art. 622). On connaît la difficulté que soulève l'interprétation de ce texte. On se demande si l'ac-

(1) Salviat, *Usufr.*, II, p. 41 ; Proudhon, *Usufr.*, IV, 2071 s. ; Demolombe, *Distinct. des biens*, II, 747 et 748 ; Aubry et Rau, § 234, II, 4e éd. p. 515, 5e éd. p. 726-727 ; Laurent, VII, 58 ; Pont, I, 383 ; Dalmbert, p. 109, note 2 ; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 740 ; Guillouard, II, 671 ; Lepinois, III, 1255 ; Beudant, I, 323 ; Planiol, II, 2727. — *Contra* Martou, II, 734 ; Laurent, XXX, 212.

(2) *Supra*, II, 920.

(3) Aubry et Rau, § 283, III, 4e éd. p. 408, 5e éd. p. 666 ; Guillouard, II, 672, et III, 1508. — Paris, 2 février 1832, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 735, S., 32. 2. 301.

tion paulienne est alors soumise au droit commun ou si le préjudice suffit pour en autoriser l'admission. Sans entrer dans ce débat [1], nous nous contenterons de présenter une observation. Il est difficile de penser que la renonciation de l'usufruitier ne soit pas faite en fraude de ses créanciers hypothécaires. Elle aurait pour résultat de les priver de leur hypothèque; elle leur enlèverait la garantie spéciale, en vue de laquelle ils avaient consenti à traiter. Cela suffit, à nos yeux, pour établir le *consilium fraudis*. Si, en outre, ces créanciers éprouvent un préjudice, ils pourront invoquer l'art. 1167.

Mais c'est là une ressource de droit commun, dont tous les créanciers, même les créanciers chirographaires, peuvent se prévaloir. Les créanciers hypothécaires n'ont-ils pas une situation meilleure? Nous serions portés à le croire. En vertu de l'art. 1-2° de la loi du 23 mars 1855, la renonciation à un usufruit immobilier doit être transcrite. Par l'accomplissement de cette formalité seulement, elle devient opposable aux tiers et spécialement aux créanciers ayant hypothèque sur cet usufruit. Ne résulte-t il pas de là qu'elle ne peut porter aucune atteinte à leurs droits, pourvu qu'ils aient été conservés par une inscription régulièrement prise [2]?

926. Enfin l'usufruit s'éteint par l'abus de jouissance. Cette déchéance nuira-t-elle aux créanciers hypothécaires? On a proposé de répondre négativement et on a enseigné qu'encourue par l'usufruitier, elle ne pouvait pas priver les créanciers de la sûreté spéciale par eux stipulée [3].

Cette solution se concilie difficilement avec le pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 618 et la faculté d'intervention reconnue aux créanciers. Les juges statuent *ex bono et æquo*. Les créanciers sont admis à défendre leurs droits. Si le tribunal prononce la déchéance de l'usufruitier, cette déchéance est *absolue* d'après l'art. 618. C'est dire par cela même qu'elle

(1) V. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 761; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, 659.

(2) Duranton, XIX, 262; Troplong, II, 891; Proudhon, *Usufr.*, IV, 2071; Aubry et Rau, § 234, II, 4e éd. p. 518, 5e éd. p. 731; Guillouard, II, 669. — Cpr. Troplong, *Transcr.*, 94; Rivière et Huguet, 72; Flandin, II, 447 à 452; Verdier, I, 158. — V. cep. Martou, II, 714; Laurent, XXX, 212.

(3) Proudhon, *Usufr.*, V, 2476; Laurent, VII, 16.

est opposable à tous, même aux créanciers hypothécaires. Le texte de la loi est formel. Les travaux préparatoires confirment cette interprétation. Dans la séance du 27 vendémiaire an XII (20 octobre 1803), Portalis fit observer que le projet ne statuait « pas sur le sort des créanciers de l'usu-
» fruitier..., que, lorsqu'il y a déchéance, il faut ou les écar-
» ter, ou faire continuer l'usufruit à leur profit ». Treilhard répondit « que les créanciers ne peuvent exercer que les
» droits de leur débiteur. Il leur est permis d'intervenir et
» de discuter la demande en extinction de l'usufruit formée
» par le propriétaire, d'offrir des garanties, de demander que
» la privation de l'usufruit ne soit que partielle ; mais quand
» la contestation est jugée soit avec eux, soit sans eux (le pro-
» priétaire n'étant pas obligé de les appeler), il ne leur reste
» plus de recours » (1). Dans son rapport à l'assemblée générale du Tribunat, le tribun Perreau a exposé cette théorie dans les termes suivants : « Il n'y a non plus aucun doute que l'usufrui-
» tier ne doive perdre son droit par l'abus qu'il en fait, soit en
» dégradant le fonds, soit en négligeant de l'entretenir ; mais
» il pourrait y en avoir sur le sort des créanciers. On les a
» dissipés en permettant aux créanciers d'intervenir pour la
» conservation de leurs droits, d'offrir la réparation des dom-
» mages et de donner une garantie pour l'avenir. Ainsi, on a
» laissé aux juges, selon les circonstances, la faculté de pro-
» noncer la cessation absolue de l'usufruit ou de ne rendre
» au propriétaire la jouissance qu'à la charge de payer, soit
» à l'usufruitier, soit à ses ayant cause, une somme détermi-
» née jusqu'au terme de l'usufruit » (2). La loi et ses auteurs mettent sur la même ligne tous les créanciers de l'usufruitier, ses créanciers hypothécaires aussi bien que ses créanciers chirographaires. Ils ont tous les mêmes droits ; aucun d'eux ne peut en réclamer de plus étendus. La solution de la loi est d'ailleurs sans inconvénients sérieux. L'intervention des magistrats, les pouvoirs très étendus et discrétionnaires dont ils sont investis sont une garantie suffisante. Les juges y

(1) Fenet, p. 182 et 183 ; Locré, VIII, p. 243, n. 28.
(2) Fenet, XI, p. 226 ; Locré, VIII, p. 279, n. 20.

trouveront les moyens de sauvegarder tous les intérêts, spécialement ceux des créanciers hypothécaires. Ils pourront même décider que le propriétaire ne recouvrera la jouissance de son bien que sous la réserve des hypothèques (1).

Entre ces deux opinions, le choix est difficile. Que les tribunaux aient le droit de prononcer contre l'usufruitier une déchéance absolue et que cette déchéance puisse être opposée aux créanciers ayant hypothèque sur l'usufruit, c'est ce qui nous semble résulter du texte de la loi et des travaux préparatoires. Mais que le jugement de déchéance produise ses effets contre les créanciers hypothécaires, alors même qu'ils n'auraient pas été appelés dans l'instance, c'est ce que nous hésitons beaucoup à admettre (2). La question n'est donc pas une question d'hypothèque ; elle se rattache à la théorie de l'autorité de la chose jugée. Nous n'avons pas à la discuter.

926 I. Le droit des attributaires de parts de marais en Artois, régi par l'édit du 25 février 1779, est un droit de jouissance voisin de l'usufruit, mais soumis à des règles spéciales. Bien qu'immobilier, il ne peut pas être hypothéqué parce qu'il est incessible (3).

927. Bien qu'ils aient une certaine analogie avec l'usufruit, le droit d'usage, quand il a des immeubles pour objet, et le droit d'habitation ne peuvent pas être hypothéqués (4). L'art. **2118** garde à leur égard un silence calculé. Il y avait, d'ailleurs, une raison péremptoire pour les déclarer non susceptibles d'hypothèques : l'étendue des avantages qu'ils confèrent se mesure aux besoins essentiellement variables de celui auquel ils appartiennent. Ces droits ne peuvent être transmis à des tiers ; ils sont incessibles et insaisissables (art. **631** et **634**) (5).

(1) Demolombe, *Distinct. des biens*, II, 750; Mourlon, *Transcr.*, 536; Verdier, II, 430; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 757, 758; Lepinois, I, 259. — Cpr. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, 229; Demante, II, 465 *bis*.

(2) Guillouard, II, 670.

(3) Douai, 18 mai 1900, D., 02. 2. 313.

(4) Espagne, *L. hyp.*, art. 108-8°. — République Argentine, *C. civ.*, 3120.

(5) Proudhon, *Usufr.*, I, 48; VI, 2751; Duranton, V, 23; XIX, 266; Troplong, II, 403; Valette, 128; Baudot, *Form. hypoth.*, 187; Martou, II, 379; Pont, I, 384;

927 I. Il en est de même des droits d'usage dans les forêts (1).

928. Les servitudes ou services fonciers, dont l'art. 2118 ne parle pas, ne sont pas non plus susceptibles d'être hypothéquées (2). Du moins, elles ne peuvent pas être hypothéquées *principaliter et per se*... Car elles sont une qualité du fonds dominant; elles ne peuvent en être détachées. Leur nature même s'oppose à une adjudication aux enchères publiques. Mais elles seraient, en qualité d'accessoires, atteintes par l'hypothèque établie sur l'héritage auquel elles sont inhérentes (3).

929. La nature du droit du preneur dans un contrat de bail ordinaire est, on le sait, l'objet d'une controverse. La généralité des auteurs et la jurisprudence le considèrent, conformément à la tradition historique (4), comme un droit de créance et comme un droit mobilier (5). En conséquence

Demolombe, *Distinct. des biens,* II, 786, 789; Aubry et Rau, § 237, II, 4e éd. p. 534, 5e éd. p. 748, § 259, III, 4e éd. p. 126, 5e éd. p. 203; Laurent, VII, 114, et XXX, 213; Colmet de Santerre, IX, 78 *bis*-III; Thézard, 39; Thiry, IV, 447; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 774, 775; Guillouard, II, 673; Lepinois, III, 1256; Beudant, I, 324; Planiol, II, 2728; Surville, II, 616. — Chambéry, 8 mars 1862, S., 62. 2. 529. — *Contra* Grenier, I, 140; Battur, II, 232. — Aix, 4 fév. 1853, S., 53. 2. 465.

(1) Troplong, I, 108; II, 403; Pont, I, 384; Aubry et Rau, § 259, note 8, III, 4e éd. p. 126, 5e éd. p. 203-204. — *Contra* Grenier, I, 140; Battur, II, 232.

(2) Espagne, *L. hyp.*, art. 108-6o. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3120.

(3) Duranton, XIX, 269; Valette, 128; Troplong, II, 401 et 402; Martou, II, 740; Pont, I, 393; Aubry et Rau, § 259, III, 4e éd. p. 126, 5e éd. p. 204; Laurent, XXX, 213; Colmet de Santerre, IX, 78 *bis*-III; Thiry, IV, 447; Guillouard, II, 673; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 803; Lepinois, III, 1256; Beudant, I, 324; Planiol, II, 2729; Surville, II, 616. — Paris, 10 mai 1898, D., 98. 2. 497 (*Note* de M. Planiol), S., 00. 2. 137 (*Note* de M. Tissier).

(4) Dumoulin sur Paris, § 30, n. 108 s.; Coquille sur Nivernais, quest. 202; Brodeau sur Louet, lettre L, somm. 4, II, p. 23; Brillon, *Dict.*, vo *Bail*, 19, 42, 45; Bretonnier sur Henrys, IV, p. 27; Despeisses, *Œuvres,* I, p. 119; Ferrière sur Paris, art. 171, glose I, n. 52; Rousseau de Lacombe, *Recueil de jurispr.*, vo *Bail*, sect. 1 et 2; Pothier, *Louage*, 288 s., *Communauté*, 71.

(5) Marcadé, II, sur l'art. 526, n. 5; sur l'art. 578, n. 2; sur l'art. 595, n. 1; VI, sur l'art. 1743, n. 1; Proudhon, *Usufr.*, I, 102; Delvincourt, III, p. 185, 188, et 198; Toullier, III, 388; VI, 435; XII, 105; Poncet, *Des actions,* 124; Duranton, IV, 73; XVII, 139; Curasson, *Comp. des juges de paix*, I, 252; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, IV, 3032; Duvergier, *Louage*, 28, 279 s.; Ferry, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1841, VIII, p. 609 et 849; 1842, IX, p. 123; Taulier, VI, p. 210 à 214; Valette, p. 195; d'Hauthuille, *De la révis. du rég. hyp.*, p. 121; Rodière et Pont,

il n'est pas susceptible d'hypothèque. Du reste il ne figure pas dans l'énumération limitative de l'art. 2118.

930. Mais il arrive assez souvent que le preneur, en vertu soit d'une obligation imposée par le contrat, soit d'une autorisation expresse ou tacite, élève des constructions nouvelles sur le terrain loué. Ces bâtiments sont certainement des immeubles par nature en vertu de l'art. 518 (1). Les matériaux, meubles de leur nature, deviennent immeubles par le fait seul de leur incorporation au sol (art. 532). La loi n'exige pas que cette incorporation ait été faite dans un esprit de perpétuité (2), elle n'exige pas qu'elle soit l'œuvre du propriétaire (3). Par conséquent, les bâtiments sont immeubles

Contr. de mariage, I, 337; Odier, *Contr. de mariage,* I, 84; Demolombe, *Dist. des biens,* I, 492 et 493; Flandin, I, 196; Lesenne, *Propriété,* p. 224, *Note;* Agnel, *C. man. des propr. et loc.,* 13; Allain et Carré, *Man. des juges de paix,* II, 906; Feitu, *Rev. prat.,* 1871, XXX, p. 385; Giraud, *Rev. prat.,* 1880, XLVII, p. 493; Pont, I, 385; Aubry et Rau, § 365, texte et note 7, 4e éd. IV, p. 471; Colmet de Santerre, VII, 198 *bis*-XIII s.; Guillouard, II, 655 et *Louage,* I, 26 s.; Laurent, XXV, 9 s.; Mourlon, *Rev. prat.,* 1870, XXIX, p. 193 s.; Méplain, *Tr. du bail à portion de fruits ou colonage partiaire,* p. 83; Lefort, *Hist. des cont. de loc. perpét. ou à longue durée,* p. 327 s.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage,* I, 684; Planiol, II, 1707 s. — Req., 14 nov. 1832, S., 33. 1. 32. — Caen, 24 janv. 1848, D., 49. 2. 254, S., 49. 2. 533. — Bourges, 27 fév. 1852, D., 53. 2. 31. S., 52. 2. 638. — Grenoble, 21 janv. 1860, D., 60. 2. 190, S., 61. 2. 126 et sur pourvoi Req., 6 mars 1861, D., 61. 1. 418, S., 61. 1. 713. — Civ. cass., 21 fév. 1865, D., 65. 1. 133, S., 65. 1. 113. — Lyon, 1er juill. 1881, D., 82. 2. 231, S., 83. 2. 212. — *Contra* Troplong, *Louage,* II, 491 à 496; de Fréminville, I, 528; Bélime, *Posses.,* 309; Jozon, *Rev. prat.,* 1865, XX, p. 358; Rozy, *Rev. prat.,* 1865, XX, p. 488. — Paris, 24 juin 1858, D., 59. 2. 217, S., 59. 2. 146. — Paris, 23 mars 1860, D., 60. 2. 185, S., 60. 2. 122. — Paris, 8 juill. 1861, D., 61. 2. 198, S., 62. 2. 274. — Paris, 12 mars 1863, *J. G. Suppl.,* vo *Louage,* 130, S., 63. 2. 221.

(1) Paris, 23 fév. 1872, D., 74. 2. 21. — La jurisprudence en conclut que le locataire ne peut pas les donner en nantissement. — Grenoble, 3 mars 1903, D., 05. 2. 240.

(2) Demolombe, *Dist. des biens,* I, 107, Laurent, V, 411; Aubry et Rau, § 164, II, 4e éd. p. 6, 5e éd. p. 7. — Req., 10 avril 1867, D., 67. 1. 397, S., 67. 1. 277.

(3) Duvergier sur Toullier, III, 11, note *c;* Marcadé, II, sur l'art. 519, n. 2; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, 16; Demante, II, 341 *bis*-II; Demolombe, *Dist. des biens,* I, 104; Vaugeois, *Dist. des biens,* 167; Aubry et Rau, § 164, II, 4e éd. p. 6, 5e éd. p. 7; Laurent, V, 412; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 27. — Civ. cass., 2 fév. 1842, *J. G.,* vo *Biens,* 22, S., 42. 1. 101. — Civ. cass., 26 juillet 1843, *J. G.,* eod. vo, 22, S., 43. 1. 805. — Civ. cass., 3 juill. 1844, *J. G.,* eod. vo, 22, S., 44. 1. 682. — Douai, 10, 19 juill. 1844, S., 44. 2. 551 et 554. — Civ. cass., 1er juill. 1845, D., 45. 1. 317, S., 45. 1. 491. — Rouen, 20 août 1859, S., 59. 2. 647. — Civ. rej., 7 avril 1862, D., 62. 1. 281, S., 62. 1. 459. — Paris, 30 mai 1864, D.,

par nature, quel que soit le constructeur, qu'ils aient été élevés par le propriétaire, par un tiers investi d'un droit réel immobilier sur le sol, comme l'usufruitier, ou même par un simple fermier ou un locataire. Ils sont donc susceptibles d'hypothèques en vertu de l'art. 2118-1° (1). Nous recherchérons plus loin par qui l'hypothèque peut être consentie et nous aurons alors l'occasion d'en préciser les effets (2).

931. Notre ancienne jurisprudence connaissait de nombreux contrats, par l'effet desquels la propriété était divisée, le domaine utile attribué à l'un et le domaine direct retenu par l'autre. La législation intermédiaire a fait disparaître presque tous ces droits : elle a aboli les uns parce qu'ils étaient entachés de féodalité ; elle a déclaré les redevances imposées par les autres essentiellement rachetables ; elle a ainsi consolidé la propriété sur la tête des preneurs et effacé de nos lois le domaine direct retenu par le bailleur. Il nous paraît inutile de parler ici de ces locations perpétuelles ou à longue durée. Elles ne présentent plus qu'un intérêt purement historique.

Il est cependant certaines conventions qui se sont perpétuées et se retrouvent encore dans la pratique contemporaine. De celles-là il importe de déterminer le caractère; il est nécessaire de préciser le droit qu'elles confèrent et de rechercher s'il est susceptible d'hypothèques. Nous le ferons très rapidement.

932. Nous mentionnerons seulement l'ancien bail à rente foncière. Il n'est, en réalité, qu'une vente, dont la rente forme le prix. Le preneur est un acheteur et peut hypothéquer l'immeuble par lui acquis. Le bailleur est un vendeur; il ne conserve aucun droit de copropriété; il est seulement créancier de la rente, qui, dans notre ancienne jurisprudence, était immobilière et susceptible d'hypothèques. La loi du 11 brumaire an VII décida que ces rentes ne pourraient plus être

66. 2. 174, S., 64. 2. 266. — Paris, 27 août 1864, S., *ibid.* — Orléans, 19 avril 1866, D., 66. 2. 94. — Lyon, 14 août 1868, D., 71. 3. 33, note, S., 69. 2. 115. — Bordeaux, 22 déc. 1868, D., 71. 2. 190, S., 69. 2. 268. — Lyon, 18 mars 1871, D., 71. 2. 191, S., 71. 2. 81 et sur pourvoi Req., 13 fév. 1872, D., 72. 1. 256, S., 72. 1. 104. — *Contra* Grenoble, 2 fév. 1827, S., 27. 2. 107.

(1) Beudant, I, 318. — Cpr. Guillouard, II, 651.

(2) *Infra*, II, 1296-1301.

hypothéquées; elle commença la réforme que le code a complétée en les classant dans la catégorie des meubles (art. 530). Le crédirentier ne peut donc pas consentir d'hypothèque [1].

933. La plus importante de ces conventions est le contrat d'emphytéose. Le droit de l'emphytéote est-il susceptible d'hypothèques [2]? Dans nos précédentes éditions, nous avions enseigné avec un grand nombre d'auteurs et la jurisprudence, que l'emphytéose n'engendre pas seulement un droit personnel de la même nature que le droit d'un preneur ordinaire [3], que, si elle n'opère pas aujourd'hui, comme dans notre ancien droit, décomposition de la propriété et translation du domaine utile au profit de l'emphytéote [4], elle constitue tout au moins un droit réel immobilier spécial [5]. Nous en avions conclu, malgré la controverse [6], qu'elle continuait d'être susceptible d'hypothèques [7].

[1] Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1210-4°. 1213.

[2] Espagne, *L. hyp.*, art. 106, 118. — Portugal, *C. civ.*, art. 890-3°, 898, 899. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1210-3°. — Suède, *Ann. de législ. étr.*, V, p. 806. — Mexico, *C. civ.*, art. 1959, 3271.

[3] V. cep. en ce sens Delvincourt, III, p. 185; Grenier, I, 143; Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, n. 1, lettre *b*, p. 24 s.; Valette, 128; Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, I, 338; Demolombe, *Dist. des biens*, I, 489 à 491 et 529; Pont, I, 388; Aubry et Rau, § 224 *bis*, II, 4e éd. p. 452 s., 5e éd. p. 645 s.; Guillouard, II, 656 et *Louage*, I, 10.

[4] Merlin, *Quest.*, v° *Emphytéose*, sect. V, § 8; Favard, v° *Hyp.*, sect. I, n. 2; Proudhon, *Du domaine privé*, II, 710; Persil, I, sur l'art. 2118, XV. — Civ. cass., 26 juin 1822, *J. G.*, v° *Action possessoire*, 534, S., 22. 1. 362. — Civ. cass. et Civ. rej., 1er avril 1840, *J. G.*, v° *Enregistr.*, 3032 et 3033, S., 40. 1. 433 et 436. — Civ. cass., 24 juil. 1843, *J. G.*, eod. v°, 3034, S., 43. 1. 830. — Civ. cass., 18 mai 1847, D., 47. 1. 176, S., 47. 1. 623. — Civ. rej., 17 nov. 1852, D., 52. 1. 262, S., 52. 1. 747. — Civ. cass., 23 fév. 1853, D., 53. 1. 53, S., 53. 1. 206. — Civ. cass., 26 avril 1853, D., 53. 1. 145, S., 53. 1. 445. — Grenoble, 4 janv. 1860, D., 60. 2. 190, S., 61. 2. 126 et sur pourvoi Req., 6 mars 1861, D., 61. 1. 418, S., 61. 1. 713. — Civ. rej., 26 janv. 1864, D., 64. 1. 83, S., 64. 1. 91. — Alger, 8 avril 1878, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 439, S., 78. 2. 296. — Req., 22 juin 1885, D., 86. 1. 268. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, 189.

[5] Troplong, II, 405, *Louage*, I, 50; Duvergier, *Louage*, I. 142, 155 s.; Duranton, IV, 80; XIX, 268; Pépin le Halleur, *De l'emphytéose*, p. 339 s.; Marcadé, II, sur l'art. 526, n. 3; Battur, II, 46; Demante, II, 378 *bis*-IV s.; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, 70; Lefort, *Hist. des loc. perpét. ou à longue durée*, p. 346 s.; Thézard, 40. — Cons. Garsonnet, *Hist. des loc. perpét.*, p. 549.

[6] Aubry et Rau, § 259, note 1, III, 4e éd. p. 125, 5e éd. p. 202; Colmet de Santerre, IX, 78 *bis*-VII; Dalmbert, p. 115 s., note 9. — Cpr. Beudant, I, 325.

[7] V. les autorités citées notes 4 et 5 ci-dessus, et en outre Bourbeau, *Jus-*

La question est aujourd'hui résolue en ce sens par l'art. 1er de la loi du 25 juin 1902 aux termes duquel : « *Le bail emphy-* » *téotique de biens immeubles confère au preneur un droit* » *réel susceptible d'hypothèques* ».

934. Le contrat de superficie ne donne pas naissance à de semblables controverses (1). En décidant que les constructions et plantations faites sur un terrain sont présumées appartenir au propriétaire, *si le contraire n'est prouvé,* l'art. 553 admet que la propriété de ce qui s'élève au-dessus du sol peut être séparée de celle du sol lui-même. Nous avons ainsi deux droits de propriété superposés : l'un est propriétaire du sol et l'autre de tout ce qui s'élève au-dessus du sol. Ces deux droits constituent une propriété corporelle immobilière (2). En conséquence, le superficiaire a le droit d'hypothéquer la superficie (3), de la même manière que le propriétaire du sol peut hypothéquer sa propriété. Cette hypothèque toutefois ne survivra pas au droit du superficiaire ; si ce droit n'était concédé que d'une manière révocable ou pour un temps limité, il est évident que l'hypothèque s'éteindrait avec lui (4).

935. Le *bail à domaine congéable* ou *bail à convenant,* usité dans certaines parties de l'ancienne province de Bretagne formant aujourd'hui les départements du Finistère, des Côtes du Nord et du Morbihan, présente une incontestable analogie avec le contrat de superficie. Il s'en distingue facilement parce qu'il est mélangé de vente et de louage. Le pre-

tice de paix, 124. — Paris, 10 mai 1831, *J. G.,* v° *Louage emphyt.,* 9, S., 31. 2. 153, et sur pourvoi Req., 19 juil. 1832, *J. G., loc. cit.,* S., 32. 1. 531. — Douai, 15 déc. 1832, *J. G.,* v° *Priv. et hyp.,* 820, S., 33. 2. 65. — Civ. rej., 26 janv. 1864, D., 64. 1. 83, S., 64. 1. 91.

(1) Espagne, *L hyp.,* art. 107-4°. — Pays-Bas, *C. civ.,* art. 1210-3°.

(2) Merlin, *Quest.,* v° *Biens nation.,* § 1 ; Troplong, *Louage,* I, 30 ; Demolombe, *Dist. des biens,* I, 483 *quater ;* Aubry et Rau, § 223-2°, II, 4e éd. p. 438, 5e éd. p. 623 s. ; Guillouard, II, 658 ; Planiol, I, 2527. — Besançon, 12 déc. 1864, D., 65. 2. 1, S., 65. 2. 197 et sur pourvoi Req., 5 nov. 1866, D., 67. 1. 32, S., 66. 1. 441. — Req., 27 avril 1891, D., 92. 1. 219, S., 91. 2. 369. — V. cep. Laurent, V, 458, VII, 409.

(3) Proudhon, *Usuf.,* VIII, 3727 ; Troplong, II, 404 et 405 ; Pont, I, 391 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 127, § 788, note 5 ; Aubry et Rau, § 259, III, 4e éd. p. 125, 5e éd. p. 203 ; Thézard, 39 ; Lefort, *Hist. des cont. de locat. perpét. ou à longue durée,* p. 334 ; Guillouard, II, 658 ; Planiol, II, 2718.

(4) Proudhon, Pont, Massé et Vergé, *locc. citt.*

neur a droit aux fruits du sol, comme dans le louage ordinaire : il devient en outre propriétaire des édifices et superfices, sauf résolution en cas de congément [1]. Maintenu par le décret du 7 juin 1791, dont les dispositions, abrogées par le décret des 27 août-7 septembre 1792, furent remises en vigueur par la loi du 9 brumaire an VI, ce contrat n'est prohibé par aucune disposition de notre code. Il a même été expressément reconnu par l'art. 9 de la loi du 23 avril 1831 sur les élections à la Chambre des députés. Il produit aujourd'hui les mêmes effets que dans notre ancienne jurisprudence. Nous dirons, en conséquence, que le preneur à domaine congéable a, comme le superficiaire, le droit d'hypothéquer les édifices et superfices dont il est propriétaire (art. 7, décret du 7 juin 1791) [2].

935 I. Cette hypothèque n'offrait qu'une garantie bien incertaine. Dans les cas de congément, d'exponse ou de vente sur bannies, elle était résolue et ne pouvait plus être invoquée. Cette solution était incontestable pour le droit de suite. Elle donnait lieu à une très grave difficulté pour le droit de préférence, lorsque les créanciers hypothécaires demandaient que les droits réparatoires du domanier, déduction faite de ce qu'il devait au foncier, fussent répartis entre eux dans une procédure d'ordre. La question était controversée. Nous nous dispensons de l'examiner parce qu'elle n'offre plus qu'un intérêt historique [3].

La question est aujourd'hui résolue par l'art. 11 de la loi du 8 février 1897 ainsi conçu : « *En cas de congément, d'exponse ou de vente sur bannies, les créanciers hypothécaires du domanier auront un droit de préférence sur les sommes attribuées à ce dernier, d'après le rang de leurs inscriptions, sans aucun préjudice des droits du foncier.*

(1) Cons. Garsonnet, *Hist. des locat. perpét.*, p. 394 s.

(2) Troplong, I, 61; Pont, I, 392; Guillouard, *Louage*, II, 664; de Villeneuve, *Du domaine congéable*, 204 et 257; Le Cerf, *Etude sur le domaine congéable*, p. 43 et 162; Garsonnet, *op. cit.*, p. 598, note 1; Henry, *Rev. crit.*, 1897, *Nouv. sér.*, XXVI, p. 53; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, II, 1478.

(3) On lira avec intérêt la dissertation de M. Pinchon sur ce sujet dans Pinchon et Gourville, *Domaines congéables, Commentaire et historique de la loi du 8 février 1897*, 148 s.

» *Sera nul tout paiement effectué par le foncier à l'encon-*
» *tre de ce droit de préférence.*

» *Le congément, l'exponse et la vente sur bannies rendront*
» *exigibles les créances hypothécaires consenties par le doma-*
» *nier sur ses droits convenanciers* ».

Cette disposition se rapproche assez sensiblement de la règle édictée par l'art. 2 de la loi du 19 février 1889, sur les indemnités d'assurances. Comme celles-ci, l'indemnité due au domanier est la représentation des édifices et superfices sur lesquels portait l'hypothèque. Cependant il y a entre les deux hypothèses une grande différence. Dans les cas de congément et d'exponse le droit du domanier est éteint; le foncier acquiert la propriété des édifices et superfices franche et libre de toute charge du chef du domanier, comme par l'effet d'une condition résolutoire. Le droit de suite est anéanti et la survie du droit de préférence ne peut se justifier que par l'équité (1).

L'application de cette disposition spécialement aux hypothèques légales dispensées d'inscription nous paraît de nature à soulever bien des difficultés dans le détail desquelles nous croyons inutile d'entrer (2).

936. Le *champart* était un contrat par lequel on transférait la jouissance ou la propriété d'un fonds moyennant une redevance en nature prélevée sur les produits de la terre. Sous quelque dénomination qu'il se présentât, *arage*, *terrage*, *agrier*, *percière*, *baillette*, *tasque* ou *tâche*, ses effets variaient suivant la volonté des parties et les usages locaux. S'il était temporaire, il était et doit encore être assimilé à un bail; si la concession était faite à perpétuité, le contrat était généralement considéré comme translatif de propriété (3). La loi des 18-29 décembre 1790 a fait de ces conventions de véritables ventes. En conséquence, le champartier est devenu propriétaire de l'immeuble concédé; il a seul le droit de l'hypothéquer. Le concédant n'est qu'un simple créancier et

(1) Planiol, II, 2754.

(2) V. Henry, *op. cit.*, p. 111; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, II, 1504.

(3) Garsonnet, *Hist. des locat. perpét.*, p. 425; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, II, 1524.

son droit, meuble par la détermination de la loi, n'est pas susceptible d'hypothèques.

La cour de cassation a fait l'application de ces principes au droit de terrage usité notamment en Flandre. Elle a décidé [1], en conséquence, que la redevance due par le champartier n'est plus qu'une créance mobilière non susceptible d'être hypothéquée (L. 18 décembre 1790; art. 6 et 7, L. 11 brumaire, an VII; art. 530).

Il en est de même pour le droit de percière usité en Auvergne. La cour suprême a également jugé que le créancier de cette redevance n'est pas investi d'un droit dans l'immeuble, que sa créance est purement mobilière et qu'il ne peut pas consentir d'hypothèque [2].

937. Le *bail à complant*, usité autrefois dans l'Ouest et le Midi principalement (Anjou, Maine, Bretagne, surtout Saintonge, La Rochelle, Poitou, Dauphiné, Nivernais, etc.), n'était rien autre chose que le champart appliqué aux terres plantées ou à planter en vignes. Ses effets variaient avec les coutumes. Le bail à complant était tantôt perpétuel et irrévocable, tantôt temporaire ou révocable. Dans ce dernier cas, il ne constituait qu'un bail et en produisait les effets; le bailleur conservait la propriété de l'immeuble qu'il avait le droit d'hypothéquer; le preneur n'était investi que d'un droit mobilier [3] non susceptible d'hypothèque. Dans le premier cas, au contraire, il est difficile, au milieu de la variété des usages, de déterminer la nature du droit des parties. Dans certaines régions, notamment dans les pays composant le département de la Loire-Inférieure, le contrat n'était pas translatif de propriété [4]. Au contraire, dans les pays régis par la coutume de La Rochelle, le preneur devenait propriétaire de l'immeuble concédé. Il avait en conséquence le droit de l'hypothé-

(1) Civ. cass., 28 juin 1854, D., 54. 1. 220, S., 54. 1. 465.

(2) Civ. cass., 27 janvier 1868 (2 arrêts) et 10 mars 1868 (2 arrêts), D., 68. 1. 200 à 205, S., 68. 1. 105.

(3) Garsonnet, *Hist. des locat. perpét.*, p. 393.

(4) Avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor an VIII, *J. G.*, v° *Louage à complant et à champart*, 4. — Civ. rej., 7 août 1837, *J. G.*, eod. v°, 4, S., 37. 1. 864. — Il confère cependant au preneur un droit réel. Civ. cass., 9 mars 1870, D., 70. 1. 279, S., 70. 1. 196.

quer [1]. Le bailleur n'est qu'un simple créancier de la redevance; il n'a plus de droit dans la chose; il ne peut pas consentir d'hypothèque. Dans les autres provinces, notamment dans l'Anjou et le Poitou, on ne peut préciser avec certitude les effets de la convention. Consulté sur ce point, le conseil d'Etat a évité de se prononcer [2]. La question est controversée. Si l'on décide que le bail à complant est translatif de propriété [3], c'est au preneur qu'appartiendra le droit d'hypothéquer l'immeuble. Si, au contraire, on admet que le bailleur a retenu la propriété [4], lui seul pourra hypothéquer.

En résumé, les effets du bail à complant sont déterminés par les usages [5] et la volonté des parties. Cette question résolue, on applique la règle écrite dans l'art. **2118**.

938. Le *bail à colonage perpétuel* ou *à métairie perpétuelle*, encore usité surtout dans la Marche et le Limousin, n'opérait pas autrefois division de la propriété en domaine direct et domaine utile, et ne transférait pas au preneur la propriété du domaine qui en était l'objet [6]. C'est pourquoi, les redevances dues par le preneur ne furent déclarées rachetables

(1) Valin, sur l'art. 6 de la *Cout. de la Rochelle;* Merlin, *Rép.*, v° *Vignes*, § 2; Garsonnet, *op. cit.*, p. 423. — Poitiers, 18 août 1806, et sur pourvoi Civ. rej., 10 oct. 1808, *J. G.*, v° *Propriété féodale*, 227, S., 9. 1. 119.

(2) Avis du Conseil d'Etat des 21 ventôse-23 messidor an XI, *J. G.* (24 messidor an X), v° *Propriété féodale*, 227, S., 3. 2. 152. — La loi du 8 mars 1898 n'a pas déterminé la nature du bail à complant.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Vignes*, § 2; Troplong, *Louage*, I, 59; Bourbeau, *Justice de paix*, 124; Surville, *Note* dans S., 94. 2. 201. — Civ. rej., 16 ou 26 janvier 1826, *J. G.*, v° *Action possessoire*, 538, S., 27. 1. 228. — Civ. rej., 20 juill. 1828, *J. G.*, eod. v°, 503, S., 28. 1. 317. — Civ. cass., 9 août 1831, *J. G.*, eod. v°, 538, S., 31. 1. 387. — Civ. cass., 11 fév. 1833, cité *J. G.*, eod. loc., S., 33. 1. 183. — Trib. civ. Nantes, 4 déc. 1893, S., 94. 2. 315.

(4) Duvergier, *Louage*, I, 189; Hérold, *Rev prat.*, 1857, III, p. 364; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, II, 1512. — Poitiers, 19 fév. 1894, S., 94. 2. 201 et sur pourvoi Req., 11 fév. 1896, D., 96. 1. 239, S., 97. 1. 10. — Poitiers, 12 juin 1899, S., 00. 2. 298 et sur pourvoi Req., 14 nov. 1900, S., 01. 1. 16. — Cpr. jug. du trib. de Fontenay-le-Comte, 20 déc. 1867, joint à Cass., 9 mars 1870, D., 70. 1. 279, S., 70. 1. 196. On y lit cette affirmation étrange : « ..... 3° en ce qu'*en fait, sinon en droit*, le complant est aux mains du complanteur susceptible d'être hypothéqué..... »

(5) V. Angers, 21 fév. 1899, *La loi*, 20 mars 1899.

(6) Civ. rej., 11 août 1840, *J. G.*, v° *Louage à colon. perpét.*, 4, S., 40. 1. 673.

ni par la loi des 18-29 décembre 1790, ni par le décret du 2 prairial an II; elles ne le sont pas devenues en vertu de l'art. 530 (1). La convention n'opère pas mutation de la propriété; elle ne confère pas plus de droits qu'un bail temporaire. Le preneur est dans la même situation qu'un colon ou un métayer. Il ne peut pas consentir d'hypothèque.

939. Bien différent est le *bail à locatairie perpétuelle*. Dans notre ancienne jurisprudence, cependant, les effets de cette convention variaient avec les coutumes et les usages. Tantôt comme dans le ressort du Parlement de Toulouse (2), les bailleurs conservaient la pleine propriété des immeubles objet du contrat; tantôt, comme en Provence (3), il en était autrement. L'art. 2 de la loi des 18-29 décembre 1790 a généralisé cette dernière solution en décidant que les redevances dues par les preneurs seraient rachetables. Elle a, par conséquent, admis que ces conventions étaient translatives de propriété (4). Les preneurs, devenus propriétaires, ont seuls le droit d'établir des hypothèques.

(1) Duvergier, *Louage,* I, 200; Troplong, *Louage,* I, 56; Championnère et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, IV, 3062; Rivière, *Rev. crit.,* 1869, XXXV, p. 194 et 200; Aubry et Rau, § 224, II, 4e édit. p. 451, 5e édit. p. 642; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage,* II, 1525. — Req., 14 germinal an IX, *J. G.,* v° *Louage à colon. perp.,* 4. — Limoges, 9 fév. 1839, S., 40. 1. 673, *ad notam.* — Civ. rej., 11 août 1840, cité à la note précédente. — Civ. rej., 30 mars 1842, *J. G.,* eod. loc., S., 42. 1. 617. — Bastia, 26 nov. 1861, S., 62. 2. 173. — Req., 23 déc. 1862, D., 63. 1. 173, S., 63. 1. 96. — *Contra* Civ. rej., 2 mars 1835, *J. G., loc. cit.,* S., 35. 1. 394.

(2) Boutaric, *Instit.*, liv. III, tit. XXV, § 3, et *Tr. des dr. seigneur.*, chap. XIV; Fonmaur, *Tr. des lods et ventes,* 536. — Arrêt du Parlement de Toulouse du 14 août 1705.

(3) Julien, *Statuts de Provence,* I, p. 269.

(4) Merlin, *Quest.,* v° *Locatairie perpét.,* § 1; Duvergier, *Louage,* I, 195 : Demolombe, *Dist. des biens,* I, 505; Aubry et Rau, § 224, II, 4e éd. p. 449, 5e éd. p. 640. — Civ. cass., 7 ventôse an XII, S., 4. 1. 236. — Civ. cass., 30 mars 1808, *J. G.,* v° *Enreg ,* 3148. — Civ. cass., 5 oct. 1808, *J. G.,* eod. v°, 3057, S., 9. 1. 115 et 118. — Civ. cass., 29 juin 1813, *J. G.,* v° *Propriété féodale,* 207, S., 13. 1. 382. — Nîmes, 25 mai 1852, D., 55. 2. 262, S., 52. 2. 539. — Agen, 11 juillet 1859, S., 60. 2. 316. — Agen, 24 mai 1876, D., 79. 5. 265. — Un arrêt de la cour de Nîmes du 25 novembre 1895, D., 96. 2. 388, décide que l'action en résolution pour défaut de paiement de la redevance n'est pas l'action en résolution de l'art. 1654, qu'elle n'est pas régie par l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, qu'elle demeure soumise à des règles particulières tirées de l'ancien droit, que cette convention ne transfère pas la propriété *hic et nunc,* que cette translation n'y est qu'en germe et qu'elle ne s'opère que dans le cas où le preneur procède au rachat.

940. Il en est de même pour les baux à *culture perpétuelle*. Le décret du 2 prairial an II édicte, en ce qui les concerne, une disposition semblable à celle que nous venons d'analyser.

941. Le *bail héréditaire*, spécialement pratiqué en Alsace et dans l'ancienne province française du Luxembourg, présente la plus grande analogie avec le *bail à colonage perpétuel*. C'est un contrat par lequel une personne afferme un bien rural au preneur et à ses descendants mâles en ligne directe.

La nature de ce contrat est difficile à déterminer. La jurisprudence a décidé que le bail héréditaire de Belgique (1), et le bail héréditaire du Luxembourg (2), n'étaient pas translatifs de propriété et que la redevance n'était pas rachetable. Elle a varié, au contraire, sur la nature du bail héréditaire d'Alsace. Un arrêt des chambres réunies de la cour de cassation (3) a décidé que la propriété des biens affermés n'était ni transmise, ni décomposée en domaine utile et domaine direct que le preneur n'était qu'un fermier et n'acquérait qu'un droit de jouissance mobilier.

D'un autre côté, un avis du Conseil d'Etat du 6 fructidor an XIII déclare le preneur propriétaire des biens donnés à bail héréditaire ; mais il n'a pas été inséré au *Bulletin des Lois* (4). En outre, un arrêt de la chambre des requêtes (5) décide qu'on peut y voir une transmission du domaine utile et une emphytéose.

Si l'on accepte la première opinion, le preneur n'aura pas le droit d'hypothéquer sa jouissance ; le bailleur seul pourra hypothéquer les immeubles affermés.

Si l'on se prononce en faveur de la seconde solution, le bailleur aura le droit de consentir des hypothèques. Le preneur a également, en vertu de la loi du 25 juin 1902, la faculté de constituer des hypothèques (6).

(1) Liège, 17 déc. 1842, *J. G.*, v° *Louage héréditaire*, 3.

(2) Metz, 22 juill. 1856, D., 57. 2. 207.

(3) Cass. ch. réun. rej., 23 nov. 1837, *J. G.*, v° *Enreg.*, 3058, S., 37. 1. 954. — *Sic* Aubry et Rau, § 224, texte et note 15, II, 4e éd. p. 451, 5e éd. p. 642; Lefort, *Hist. des locat. perpét. ou à longue durée*, p. 330.

(4) Cet avis est rapporté dans Merlin, *Rép.*, v° *Emphytéose*, § 5, n. 4.

(5) Req., 16 juin 1852, D., 52. 1. 285, S., 52. 1. 547. — *Sic* Guillouard, *Louage*, I, 39.

(6) V. *supra*, II, 933.

942. Le *bail à vie*, dont la nature est fort incertaine dans notre ancienne jurisprudence [1], semble aujourd'hui tombé en désuétude. La convention peut être, suivant la volonté des parties, soit un bail, soit une constitution d'usufruit. On lui appliquera, suivant les cas, les principes que nous avons exposés. Le bailleur aura donc toujours la faculté d'hypothéquer l'immeuble. Au contraire, c'est seulement lorsqu'il y aura établissement d'un droit d'usufruit immobilier que le preneur pourra hypothéquer sa jouissance.

943. La création et le développement des chemins de fer ont donné naissance à des questions nouvelles [2].

Il est tout d'abord certain que la voie ferrée et ses dépendances, gares, ateliers, etc., ne peuvent pas être hypothéquées. Ces choses font partie du domaine public; pour ce motif, elles ne sont pas susceptibles d'hypothèques [3].

Mais on se demande si la compagnie concessionnaire ne peut pas tout au moins hypothéquer le droit dont elle est investie. Pour admettre l'affirmative, il faudrait que ce droit fût un droit réel immobilier et qu'il constituât soit un droit d'usufruit, soit un droit d'emphytéose. En faveur de cette solution, on fait remarquer que par sa durée la concession se rapproche de l'emphytéose, qui ne peut pas excéder 99 ans. On ajoute que la perception des taxes ressemble beaucoup à la perception des fruits produits par la chose et que le concessionnaire jouit ainsi d'avantages analogues à ceux qui appartiennent à un emphytéote ou à un usufruitier. On conclut que le droit du concessionnaire est un droit réel immobilier [4] et on est porté à autoriser la constitution d'une hypothèque.

(1) V. Garsonnet, *Hist. des locat. perpét.*, p. 419; Lefort, *Hist. des locat. perpét. ou à longue durée*, p. 258 s.

(2) V. sur ce sujet, Espagne, *L. hyp.*, art. 107-6°. — Suisse, Loi fédérale 23 déc. 1872, art. 11; Loi fédérale 24 juin 1874. — Prusse, Loi 19 août 1895. — Autriche, Loi 19 mai 1874. — Suède, Loi de 1875; Loi 15 octobre 1880. — Finlande, Loi 15 avril 1889. — Etats-Unis, New-York, Loi 16 juin 1878. — Mexique, *Annuaire de législation étrangère*, X, p. 707, 709.

(3) *Supra*, II, 910. — Cpr. Laurent, VI, 29 à 31.

(4) Cotelle, *Cours de dr. admin.*, I, 19 s.; II, 4 et 5; IV, 57; Delalleau, *Rev. de législ. et de jurispr.*, 1837, V, p. 140; Dumay, *Etudes sur les concessions de chemins de fer*, p. 187 s.; Lamé-Fleury, *Code des chemins de fer*, 3e éd., p. 103, note 3.

On pourrait répondre que la loi du 11 juin 1842, dans ses art. 6 et 7, a qualifié la concession du nom de *bail*, que les art. 12, 13 et 15 de la loi du 15 juillet 1845 parlent aussi du concessionnaire ou *fermier*. On tirerait de ces appellations la conclusion que le concessionnaire n'est qu'un fermier. Son droit serait un droit de créance et un droit mobilier; à ce titre, il ne serait pas susceptible d'hypothèques.

Nous ne pouvons accepter une pareille interprétation. D'une part, il n'est pas certain que ces expressions aient été employées par la loi dans un sens aussi restreint. Le mot *bail* notamment comporte, en effet, une acception beaucoup plus générale. Il peut servir à désigner tout contrat par l'effet duquel le droit de propriété se trouve divisé et décomposé. Telle était sa signification dans notre ancienne jurisprudence. Nous n'attachons pas non plus grande importance aux termes employés dans la loi de 1845. Le rapprochement des mots *concessionnaire* et *fermier* prouve que le législateur n'était pas bien fixé sur la nature du droit nouveau qu'il allait instituer.

D'autre part, il est impossible d'admettre que par ces expressions, *bail*, *fermier*, le législateur ait entendu assimiler la concession à un contrat de louage dans le sens du code civil. Le rapprochement des règles du louage et des clauses des cahiers des charges montre les différences profondes qui existent entre un preneur ordinaire et une compagnie concessionnaire d'un chemin de fer.

Nous ne pouvons pas davantage trouver dans la concession un droit d'emphytéose ou d'usufruit, c'est-à-dire un droit réel immobilier. L'emphytéose et l'usufruit démembrent la propriété. Or les dépendances du domaine public ne sont pas plus susceptibles d'un démembrement de la propriété que d'une appropriation privée. Leur affectation les place hors du commerce.

L'acte de concession nous apparaît dès lors comme un acte d'une nature spéciale [1], régi par des règles particulières complètement distinctes de celles du droit civil. Les conces-

[1] Laurent, VI, 35.

sionnaires contractent des engagements et acquièrent des droits. Ils sont, suivant les périodes, des entrepreneurs de travaux publics et des entrepreneurs d'un service public. Pour se rembourser de leurs dépenses, ils sont investis du droit d'exploiter une portion du domaine public et de percevoir à cette occasion des redevances consistant en droits de péage et prix de transport. Ils n'ont pas un droit dans la chose. Ce n'est qu'un monopole d'exploitation. La nature de ce droit d'exploitation se détermine par la nature des avantages qu'il procure. C'est pourquoi il est mobilier (1). Par suite il n'est pas susceptible d'hypothèques (2).

943 I. Pour le même motif, le concessionnaire d'un pont à péage (3) ou d'un canal (4) ne peut pas hypothéquer sa concession si elle est temporaire. Il n'est investi ni d'un droit d'usufruit, ni d'un droit d'emphytéose.

Il en est autrement si la concession, faite avant **1789**, est perpétuelle (5) qu'il s'agisse de canaux navigables (6) ou de canaux d'irrigation (7).

944. Que décider quant aux actions qui tendent à revendiquer un immeuble, plus généralement quant aux actions immobilières : actions en revendication d'immeubles, actions en nullité ou en rescision de contrats translatifs de propriété immobilière? Elles ne sont pas comprises dans l'énumération de l'art. **2118** qui traite cependant dans son 1° des immeu-

(1) Dufour, *Dr. administ.*, III, 215; Aucoc, *Conférences sur l'administ.*, III, 1312; Vigouroux, *Législ. et jurispr. des chemins de fer et des tramways*, 56; Planiol, II, 3094. — Trib. civ. Seine, 27 juillet 1850, D., 51. 5. 78, S., 50. 2. 599. — Civ. cass., 15 mai 1861, D., 61. 1. 225, S., 61. 1. 888. — Req., 5 nov. 1867, D., 68. 1. 117, S., 67. 1. 417. — Cour d'appel de Bruxelles, 10 juill. 1881, S., 83. 4. 33. — Civ. cass., 20 juill. 1886, D., 87. 1. 302, S., 87. 1. 332. — Paris, 2 février 1888, D., 89. 2. 163 et sur pourvoi Civ. rej., 3 mars 1890, D., 91. 1. 415, S., 91. 1. 65. — V. aussi Douai, 9 mars 1857, D., 57. 2. 145, S., 57. 2. 577.

(2) Aucoc, *De l'hyp. sur les chemins de fer, Rev. crit.*, 1876, *Nouvelle série*, V, p. 81 s.; Guillouard, II, 659; Lepinois, III, 1263; Huc, XIII, 174; Surville, II, 617.

(3) Lepinois, III, 1263. — Nîmes, 2 août 1847, D., 48. 2. 41.

(4) Pont, I, 384; Laurent, XXX, 220; Guillouard, II, 660; Planiol, II, 3095. — Civ. rej., 20 février 1865, D., 65. 1. 308, S., 65. 1. 185.

(5) V. Hauriou, *Préc. de dr. admin.*, p. 605, note 3.

(6) V. Req., 7 nov. 1865, D., 66. 1. 254, S., 66. 1. 57.

(7) Civ. rej., 1er avril 1884, D., 84. 1. 345, S., 85. 1. 85.

bles par nature et par destination, dans son 2° des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent; par conséquent elles ne sont pas susceptibles d'hypothèques, car le texte est limitatif. Au surplus, il faut bien s'entendre sur le sens de cette proposition. Elle signifie qu'on ne peut pas hypothéquer les actions immobilières considérées comme droit *sui generis*, distinct du droit de propriété reconnu et vérifié. En d'autres termes, on ne peut pas hypothéquer le droit litigieux que l'on a sur un immeuble : ce qui permettrait au créancier hypothécaire, non payé à l'échéance, de faire vendre ce droit litigieux aux enchères. La loi suppose sans doute qu'il y aurait peu d'enchérisseurs et que le droit serait vendu à vil prix, au grand préjudice du débiteur qui a constitué l'hypothèque (1). Mais on peut hypothéquer l'immeuble sur lequel on a un droit litigieux; et si, plus tard, une décision judiciaire, obtenue par le constituant ou par ses créanciers agissant de son chef à son défaut, consacre définitivement le droit de propriété qu'il prétendait avoir sur l'immeuble, l'hypothèque sera valable et produira ses effets (arg. art. 2125). La loi ne subordonne pas la validité de l'hypothèque à la condition de la possession actuelle du constituant (2).

945. L'hypothèque est, dans notre opinion (3), un droit immobilier. Peut-on hypothéquer une hypothèque (4)?

La question semble étrange. Elle demande à être éclairée par l'histoire.

A Rome, les créances pouvaient être hypothéquées comme

(1) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 3, n. 5; Grenier, II, 152, 153; Delvincourt, III, p. 292; Persil, I, sur l'art. 2118, IX, et *Quest.*, II, p. 279; Battur, II, 234; Berriat-Saint-Prix, *Code de proc.*, II, p. 633; Valette, p. 204; Troplong, II, 406 et 469; Duvergier, *Vente*, II, 18; Carré et Chauveau, quest. 2198, § 3; Pont, I, 395, 642; Aubry et Rau, § 259, texte et note 10, III, 4e éd. p. 126, 5e éd. p. 204; Martou, II, 741; Laurent, XXX, 219, 475; Thézard, 41; Colmet de Santerre, IX, 78 *bis*-IV; Thiry, IV, 448; Guillouard, II, 674; Beudant, I, 324; Lepinois, III, 1261; Garsonnet et Cézar-Bru, I, § 292, note 8, p. 490-491; Planiol, II, 2732; Surville, II, 616. — Grenoble, 24 janvier 1835, *J. G.*, v° *Surenchère*, 35. — Req., 14 avril 1847, D., 47. 1. 217, S., 47. 1. 341. — Caen, 29 juin 1870, S., 71. 2. 29. — *Contra* Pigeau, *Proc. civ.*, p. 207; Duranton, XVI, 409 et XXI, 7. — Cpr. Duranton, IV, 17.

(2) Espagne, *L. hyp.*, art. 107-10°

(3) *Supra*, II, 904.

(4) Espagne, *L. hyp.*, art. 107-8°. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3120.

tous les autres biens. En acquérant une sûreté sur la créance qui lui était affectée, le créancier acquérait un droit sur l'hypothèque qui en était l'accessoire. Il était tenu de dénoncer cette convention au débiteur (1). A partir de ce moment, celui-ci ne pouvait se libérer qu'en payant entre les mains du créancier ayant hypothèque sur la créance.

Mais ce n'est pas de l'hypothèque de la créance que nous avons à parler. Il est évident qu'aujourd'hui les créances ne peuvent pas être hypothéquées ; elles ne sont pas des immeubles et n'ont pas été déclarées susceptibles d'hypothèques par l'art. **2118**.

A côté de l'hypothèque de la créance, le droit romain avait admis l'hypothèque de l'hypothèque (2), *pignus pignori dari potest*. A l'origine et avant l'introduction de l'hypothèque, cette formule traduisait le fait plutôt qu'elle n'exprimait le droit. Le créancier gagiste, possesseur de l'objet donné en gage, pouvait l'engager lui-même à un de ses créanciers. Mais le droit de celui-ci n'était qu'un droit subordonné ; les causes qui éteignaient la première créance, notamment le paiement fait par le premier débiteur au créancier originaire, libéraient le gage et mettaient celui qui détenait la chose dans la nécessité de restituer (3). Pour que le second gagiste eût une sûreté pleine et entière, il aurait fallu que le débiteur originaire ne pût payer valablement qu'entre ses mains.

Lorsque l'hypothèque fut introduite dans la législation romaine, on lui appliqua les règles suivies jusqu'alors pour le *pignus pignoris*.

Ce n'était donc qu'une hypothèque en sous-ordre ; son existence était intimement liée à l'existence de la première hypothèque ; si celle-ci était éteinte par le paiement, l'hypothèque de l'hypothèque subissait le même sort (4). Si le paiement était effectué entre les mains du second créancier et si, comme la seconde créance, il avait pour objet une somme d'argent, celle-ci demeurait jusqu'à due concurrence entre les

(1) L. 4, C., *Quæ res pignori oblig. poss.* (VIII, 17). — Jourdan, *L'hyp.*, p. 280.
(2) L. 1, C., *Si pignus pignori datum sit* (VIII, 23).
(3) L. 40, § 2, D., *De pigneral. act.* (XIII, 7).
(4) Zurich, *C. civ.*, art. 326. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 210, 216.

mains de celui qui l'avait reçue; seul l'excédent devait être versé entre les mains du premier créancier. Si, au contraire, la créance hypothéquée avait pour objet autre chose qu'une somme d'argent et si la créance garantie était d'une somme d'argent, le second créancier auquel avait été fait le paiement conservait la chose à titre de *pignus* (1). Pour le mettre à l'abri de tout danger, il aurait fallu, comme pour le créancier gagiste, qu'aucun paiement ne pût être valablement effectué entre les mains du premier créancier, il aurait fallu que l'hypothèque de l'hypothèque entraînât l'hypothèque de la créance. Les jurisconsultes romains admirent-ils cette solution? La question est controversée; nous croyons inutile de la résoudre (2); il nous suffit d'avoir précisé ce qu'on entendait à Rome par l'hypothèque de l'hypothèque.

946. Notre droit coutumier admit le principe du droit romain. Pothier notamment considérait l'hypothèque comme un droit dans les héritages, comme un droit immobilier susceptible d'hypothèques. Il disait que le montant de la collocation d'un créancier hypothécaire représentait non seulement sa créance personnelle, mais encore le prix de son droit d'hypothèque. Il ajoutait : « C'est en tant qu'elle est le prix » de mon hypothèque que je suis colloqué dans l'ordre. Mais » ce droit d'hypothèque que j'ai dans les biens saisis réelle- » ment, étant un droit dans les héritages et, par conséquent, » immobilier, et suivant la règle *Pignus pignori dari potest* » (L. 1, Cod., *Si pign. pign.*), est lui-même hypothéqué à mes » créanciers hypothécaires ». Il en conclut que le montant de la collocation obtenue sera réparti entre les créanciers hypothécaires du créancier colloqué, suivant le rang de leurs hypothèques (3). Cette pratique diffère profondément de la théorie romaine; l'hypothèque porte véritablement sur la première hypothèque; mais on aboutit à un résultat analogue à celui du droit romain. Le second créancier se présentera à

(1) L. 13, § 2, D., *de pignor. et hypoth.* (XX, 1).

(2) V. en faveur de l'affirmative Jourdan, *L'hypothèque*, p. 296 s. — V. en faveur de la négative Valette, p. 208.

(3) Pothier, Cout. d'Orléans, *Introd. au titre des criees*, tit. XXI, § 17, édit. Bugnet, 142, p. 715. — V. Beudant, *Revue critique*, 1866, XXVIII, p. 38 et s.

l'ordre; il sera colloqué, dans un sous-ordre, sur le montant de la collocation attribuée au premier, suivant son rang d'hypothèque.

947. Aujourd'hui, il faut décider qu'on ne peut pas hypothéquer une hypothèque [1]. En effet, l'hypothèque ne figure pas sur la liste limitative de l'art. 2118. En outre, l'art. 778 Pr. civ., devenu l'art. 775 Pr. civ., est exclusif des sous-ordres. Ce texte, supposant qu'il se présente à l'ordre plusieurs créanciers de l'un des créanciers colloqués, dit que tous, sans distinction, pourvu qu'ils soient inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre, viennent à contribution sur le montant de la collocation attribuée à leur débiteur, qui est considérée comme chose mobilière.

Comment fera donc le créancier qui, ayant besoin de crédit, veut offrir en garantie son droit de préférence immobilier?

Il peut donner sa créance en gage en se conformant aux prescriptions de l'art. 2075 [2]; c'est le *pignus nominis* du droit romain. Le créancier gagiste profitera de tous les avantages attachés à la créance, notamment il exercera l'action personnelle contre le débiteur et ses cautions et pourra se prévaloir de l'hypothèque sur les immeubles affectés.

Si ce résultat dépasse les intentions des parties, elles auront recours aux cessions d'hypothèque, aux subrogations dont nous avons déjà parlé en traitant du caractère accessoire de l'hypothèque [3] et sur lesquelles nous reviendrons à propos de l'hypothèque légale de la femme mariée [4].

Cette cession de l'hypothèque diffère sensiblement de l'hypothèque de l'hypothèque. La cession de l'hypothèque ne peut s'opérer que par la volonté des parties; elle résulte nécessairement d'une convention. L'hypothèque de l'hypo-

(1) Persil, I, sur l'art. 2118, XVI; Grenier, I, 157; Duranton, XIX, 272; Troplong, II, 407; Valette, p. 206 s.; Pont, I, 394; Aubry et Rau, § 259, III, 4e éd. p. 126, 5e éd. p. 204; Laurent, XXX, 218; Colmet de Santerre, IX, 78 *bis*-VIII; Thézard, 41; Thiry, IV, 449; Guillouard, II, 675; Lepinois, III, 1262; Beudant, I, 325; Planiol, II, 2731; Surville, II, 617. — Paris, 10 août 1809, *J. G.*, v° *Ordre entre créanciers*, 1308, S., 13. 2, 198.

(2) *Supra*, I, 39-67.

(3) *Supra*, II, 905 s.

(4) *Infra*, II, 1038-1168.

thèque au contraire, si elle était admise, pourrait avoir l'une des causes indiquées dans l'art. 2116 et serait, suivant les cas, légale, judiciaire ou conventionnelle. En outre, les cessions de l'hypothèque ne sont en principe soumises à aucune condition de publicité [1]; elles produisent leur effet à leur date, pourvu que cette date soit certaine; il en serait autrement de l'hypothèque de l'hypothèque, elle devrait, si elle existait dans la loi, être rendue publique de la même manière que toutes les autres hypothèques et prendrait rang à la date de l'inscription (art. 2134).

IV. *Des immeubles par déclaration.*

948. On sait que les actions de la Banque de France peuvent être immobilisées; elles sont alors assimilées aux propriétés foncières (art. 7, décret du 16 janvier 1808) [2]. En conséquence, elles sont susceptibles d'hypothèques [3]. Cette opération n'est pas usitée; elle est avantageusement remplacée par les formes modernes du crédit, l'avance sur titres.

Il en était de même des actions des canaux d'Orléans et du Loing (art. 13, décret du 16 mars 1810). Mais il n'y a plus lieu d'en parler. Le rachat en a été autorisé par la loi du 1er août 1860 et il a été définitivement opéré par la loi du 20 mai 1863.

Il en était de même des actions du canal du Midi (art. 13, décret du 10 mars 1810). Il n'y a plus lieu de les mentionner ici; elles ont été rachetées en vertu de la loi du 27 novembre 1897.

Nous nous sommes déjà expliqués sur la redevance due par le concessionnaire d'une mine au propriétaire de la surface [4].

949. Il n'y a pas lieu de mentionner ici les rentes sur l'Etat [5]. Elles sont meubles et ne peuvent pas être immobi-

(1) *Supra*, II, 906.

(2) Cpr. Req., 22 mai 1833, *J. G.*, v° *Enregistrement*, 1794, S., 33. 1. 517.

(3) Aubry et Rau, § 259, III, 4e éd. p. 125, 5e éd. p. 203; Colmet de Santerre, IX, 78 *bis*-V; Planiol, II, 2719.

(4) *Supra*, II, 915.

(5) Espagne, *L. hyp.*, art. 108-4°.

lisées. Il est vrai que des valeurs de cette nature ont pu être immobilisées pour la constitution d'un majorat (décret du 1er mars 1808). Mais en admettant même que ces majorats, dont la loi du 12 mai 1835 a interdit l'institution pour l'avenir, ne soient pas éteints en vertu de l'art. 2 de cette loi et des art. 1 et 2 de la loi du 7 mai 1849, il est certain que les rentes qui en dépendent ne peuvent pas être hypothéquées. Les biens composant un majorat ne peuvent être ni aliénés, ni hypothéqués [1].

950. Tels sont, d'après le code, les seuls biens susceptibles d'hypothèques. Les meubles ne peuvent donc pas être hypothéqués : car l'énumération de l'art. 2118, énumération essentiellement limitative, ne comprend que des immeubles.

Sur ce point, le droit romain avait d'autres principes. *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest,* dit la loi 9, § 1, D., *De pign. et hyp.* (XX, 1). D'ailleurs, dans cette législation, l'hypothèque des meubles conférait au créancier le droit de préférence et le droit de suite, comme celle des immeubles [2].

Notre ancien droit s'écarta de ces traditions. Dans les pays de droit écrit et dans quelques autres provinces, il est vrai, comme celles d'Anjou, du Maine, de Bretagne et de Normandie, les meubles étaient susceptibles d'hypothèques, mais c'était une hypothèque imparfaite, qui ne conférait au créancier qu'un droit de préférence sans droit de suite parce que les actions réelles n'étaient pas recevables en matière mobilière. Partout ailleurs, l'hypothèque des meubles n'était aucunement admise.

Ce qu'il y a de singulier, c'est que les coutumes qui n'admettaient pas l'hypothèque des meubles et celles qui admettaient l'hypothèque imparfaite dont il vient d'être parlé, formulaient leur principe dans les mêmes termes : *Meubles n'ont*

(1) Les majorats réversibles au domaine de l'Etat ont été rachetés. L. 22 avril 1905, art. 29 et s.

(2) L. 12, § 10, *Qui potiores in pign.* (XX, 4) ; L. 15, C., *De pignor. et hyp.* (VIII, 14).

point de suite par hypothèque (1). Cette maxime célèbre était donc à double sens : dans la plupart des coutumes, notamment dans celle d'Orléans (art. 447), et dans celle de Paris, (art. 170), elle signifiait que les meubles ne pouvaient pas être hypothéqués; dans quelques autres, comme la coutume de Normandie (art. 593), elle voulait dire que les meubles pouvaient être hypothéqués, mais d'une hypothèque imparfaite, ne conférant pas le droit de suite.

951. La règle *Meubles n'ont point de suite par hypothèque* a été reproduite littéralement par l'art. 2119 (2). On y retrouve l'incorrection de langage qui n'avait pas échappé à Pothier et que cet auteur rectifie dans ses notes sur l'art. 447 de la coutume d'Orléans.

Quel sens faut-il lui donner? A coup sûr ce n'est pas celui qui vient d'être indiqué en dernier lieu; car cette interprétation aboutirait à mettre le législateur en contradiction avec lui-même. Il dit dans l'art. 2114 que l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles. Il dit dans l'art. 2118 que sont seuls susceptibles d'hypothèques les biens immobiliers....., ce qui exclut évidemment les meubles; comment croire qu'il vienne immédiatement après se donner un démenti dans l'art. 2119, en déclarant les meubles susceptibles d'une hypothèque, même imparfaite? Alors notre texte signifie-t-il, comme l'art. 447 de la coutume d'Orléans, que les meubles ne peuvent pas être hypothéqués? C'est bien probable, quoique la formule, on n'en peut disconvenir, soit assez impropre pour

(1) Les mots *par hypothèque* furent ajoutés à la maxime primitive au XVIe siècle, à l'époque où, sous l'influence du droit romain, l'action en revendication fut admise en matière mobilière et où cependant les meubles continuèrent à ne pouvoir être l'objet d'un droit de suite par action hypothécaire.

(2) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 46. — Monaco, *C. civ.*, art. 1957. — Valais, *C. civ.*, art. 1880. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1213. — Poméranie, L. 26 mai 1873, citée *Ann. de lég. étr.*, III, p. 135. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2022. — Etats-Unis, Nevada, 1886, 57, *Ann. de lég. étr.*, XVII, p. 869. — Haïti, *C. civ.*, art. 1886. — En Suède il existe une hypothèque *industrielle*, que les grands industriels sont autorisés à conférer sur leur matériel mobilier, machines, instruments, matières premières et produits, L. 13 avril 1883, *Ann. de lég. étr.*, XIII, p. 667. — Dans une partie de la Suisse allemande il existe une hypothèque sur les meubles sous le nom de *Pfandverschreibung*. Elle a été abolie dans le Valais par une loi du 19 novembre 1870, *Ann. de législ. étr.*, VII, p. 644.

exprimer cette idée. L'art. 2119 complète ainsi l'art. 2279. Il étend à l'action hypothécaire le principe édicté par l'art. 2279 pour l'action en revendication. Il soumet les meubles incorporels à la même règle que les meubles corporels en ce qui concerne l'hypothèque, tandis que l'art. 2279 est spécial à ces derniers (1).

On objectera peut-être que cette interprétation aboutit à faire de l'art. 2119 un texte inutile ; car la prohibition d'hypothéquer les meubles résultait suffisamment de l'art. 2118. Nous répondrons qu'il y a dans le code civil bien d'autres articles inutiles. Mieux vaut, après tout, prêter au législateur une inutilité que l'accuser d'une contradiction (2).

Il est curieux que cette inutilité législative se rencontre également dans la loi du 9 messidor an III (art. 5 et 6). On peut même dire qu'elle s'y présente sous une forme encore plus surprenante : car la solution y est affirmée en quelque sorte brutalement et n'y revêt pas l'apparence plus délicate qui la couvre dans l'art. 2119 (3).

952. On a cependant essaye de justifier le législateur et de donner un sens utile à la loi.

On a dit que l'art. 2119 comprenait sous la dénomination d hypothèque, même les privilèges. Le sens en serait alors facile à déterminer. C'est celui qu'on donnait à la règle suivie dans les pays de droit écrit et dans quelques coutumes. Les meubles sont bien susceptibles d'être affectés par privilège d'un droit de préférence, mais ils ne peuvent pas être l'objet d'un droit de suite (4).

Les termes de la loi qui parle d'hypothèque et non de privilège, la place de notre article inséré dans le chapitre consacré aux hypothèques suffisent pour réfuter cette interprétation.

Suivant d'autres auteurs (5), l'art. 2119 aurait été écrit en

(1) Aubry et Rau, § 256, note 2, III, 4e éd. p. 113, 5e éd. p. 186.

(2) Valette, p. 217 ; Pont, I, 414 ; Thézard, 43 ; Beudant, I, 306 s.; Planiol, 2705 ; Surville, II, 618.

(3) Thiry, IV, 449.

(4) Cpr. Troplong, II, 414.

(5) Delvincourt, III, p. 293; Duranton, XIX, 280; Demante, IX, 79.

vue de l'hypothèque qui atteint, en qualité d'accessoires de l'immeuble sur lequel elle porte, les objets mobiliers fictivement immobilisés par destination, et l'article signifierait que si ces objets ont été transmis à un tiers qui les a reçus de bonne foi, si, par exemple, des animaux attachés à la culture du fonds hypothéqué ont été vendus et livrés à un acheteur qui ignorait leur affectation, le créancier hypothécaire ne pourra pas les suivre entre ses mains; car ils ont été mobilisés par leur séparation du fonds, et le détenteur peut opposer au créancier qui le poursuit la maxime : *En fait de meubles, la possession vaut titre.*

Il est certain que le créancier hypothécaire n'aurait pas le droit de suite sur les objets dont il vient d'être parlé. Mais que ce soit là ce qu'a voulu dire l'art. 2119, c'est beaucoup plus douteux. Ce serait un sens tout à fait nouveau de la maxime : *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque;* or comment admettre que le législateur, qui a reproduit littéralement cet adage plusieurs fois séculaire, ait entendu lui donner un sens ignoré jusque-là, alors que rien, ni dans la loi, ni dans les travaux préparatoires, ne révèle cette pensée (1)?

On peut, en outre, remarquer que la formule adoptée par le législateur serait bien malheureuse. Elle porterait à croire que, dans ce cas, le droit de suite est seul éteint et que le droit de préférence peut être exercé sur le prix, s'il est encore dû. Nous apprécierons plus tard le mérite de cette critique en étudiant les effets des hypothèques (2).

Au surplus, cette controverse a peu d'importance; car quel que soit le sens que l'on doive donner à l'art. 2119, on est d'accord sur les principes.

953. Il reste à savoir pourquoi notre législateur n'admet pas l'hypothèque des meubles.

Loyseau disait autrefois que « la raison n'est pas celle qu'on » allègue vulgairement, que *mobilium vilis est possessio,* pour » ce que le plus ou le moins ne sont point de différence au » droit » (3). Il justifiait la prohibition des coutumes par des

(1) Beudant, I, 320.
(2) *Infra,* III, 2008.
(3) Loyseau, *Des offices,* liv. III, ch. V, n. 23 s.

considérations qui sont aussi vraies aujourd'hui que de son temps.

L'hypothèque des meubles, telle que l'admettait le droit romain, c'est-à-dire armée du droit de suite, aurait jeté dans le commerce et dans les relations civiles les perturbations les plus graves ; elle aurait porté une atteinte funeste à une règle fondamentale de notre droit, la règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279). Quant à l'hypothèque imparfaite, c'est-à-dire dépouillée du droit de suite, qui avait été admise dans quelques-unes de nos anciennes provinces, elle ne procurerait à vrai dire au créancier qu'une garantie à peu près illusoire, tant il serait facile au débiteur de la faire disparaître. Dans une législation qui admet la règle *En fait de meubles, la possession vaut titre*, les meubles ne peuvent guère offrir à un créancier une garantie sérieuse qu'autant qu'ils lui sont affectés dans leur généralité, comme cela a lieu pour plusieurs privilèges, ou, s'ils sont affectés à titre particulier, qu'autant que la possession en est remise au créancier, et alors on tombe dans le cas du gage. D'ailleurs, l'une des bases du régime hypothécaire admis par le code civil est la publicité ; or comment organiser d'une manière efficace la publicité des hypothèques sur les meubles, qui, à la différence des immeubles, n'ont pas d'assiette fixe et dont il est souvent difficile d'établir l'individualité ? C'est plus qu'il n'en faut pour justifier la prohibition d'hypothéquer les meubles.

954. Notre chapitre se termine par un article de renvoi, l'art. 2120, ainsi conçu : « *Il n'est rien innové par le présent* » *Code aux dispositions des lois maritimes concernant les* » *navires et bâtiments de mer* » (1).

Le droit maritime présente en effet, sous les divers points de vue qui viennent de nous occuper, des règles spéciales. L'art. 190 C. co. dit que les navires sont meubles ; il ajoute qu'ils sont affectés à certaines créances ; mais il qualifie ces créances de privilégiées et non d'hypothécaires. Il n'y a donc pas, dans cette disposition, de dérogation à l'art. 2119.

(1) Monaco, *C. civ.*, art. 1958. — Haïti, *C. civ.*, art. 1887.

Mais les privilèges, que la loi a établis sur les navires au profit de certains créanciers (art. 191 et 192 C. co.), entraînent le droit de suite, malgré la nature mobilière du navire (art. 190 C. co.) (1). Ce droit de suite appartient même aux créanciers simplement chirographaires du propriétaire du navire (art. 190, al. 2 C. co.). Le code de commerce apporte donc à cet égard d'importantes exceptions aux principes généraux du code civil. Cependant il ne déclarait pas les navires susceptibles d'hypothèques.

955. La dérogation, que nous ne rencontrons pas dans le C. de co., se trouve dans la loi du 10 décembre 1874, remplacée par la loi du 10 juillet 1885. Cette loi organise l'hypothèque maritime, qui serait plus exactement appelée l'hypothèque navale. Elle décide que les navires peuvent être hypothéqués (2). C'est une exception remarquable à la règle que les immeubles seuls sont susceptibles d'hypothèques.

Empruntée principalement à la loi anglaise de 1854 qui avait organisé le *mort-gage* sur les navires, l'hypothèque maritime a pour but de mettre à la portée des armateurs un nouveau moyen de crédit réel. Sans doute les navires pouvaient théoriquement être donnés en nantissement. Mais il était difficile, même impossible de remplir les conditions requises par la loi pour la validité du gage. On était obligé de recourir à une vente simulée. Pleine de dangers pour le débiteur, elle laissait le créancier acheteur exposé aux plus graves inconvénients (3).

C'est pour remédier à cet état de choses qu'une réforme de la législation fut demandée dans les enquêtes maritimes de 1865 et de 1870, poursuivie par les travaux d'une com-

(1) *Supra*, I, 695 s.

(2) Belgique, L. 21 août 1879, modifiant le Livre II du C. de com., art. 134 s. — Espagne, L. 21 août 1893. — Prusse, L. 24 juin 1861, étendue à la nouvelle Poméranie, L. 21 mars 1868, à Rügen, L. 26 mai 1873, au Schleswig-Holstein, L. 27 mai 1873. — Hanovre, L. 27 janvier 1879 sur le gage maritime. — Lübeck, L. 20 janvier 1882. — Hambourg, L. 27 avril 1885. — Brême, L. 15 décembre 1886. — Danemark, L. maritime du 1er avril 1892. — Suède, *C. marit.* — Finlande, L. 9 mai 1873, modifiée par la L. du 11 novembre 1889. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 3, L. 12 juillet 1890.

(3) *Supra*, I, 73.

mission instituée en 1865 pour la révision du livre II du C. de co., préparée par les avis des chambres de commerce, étudiée par le conseil d'Etat dont le travail fut interrompu par les événements de 1870, et enfin réalisée par l'Assemblée nationale dans la loi du 10 décembre 1874 sur la proposition de MM. Savoye, Grivart et Mathieu Bodet.

L'exception apportée par la loi nouvelle à l'art. 2119 se justifie d'ailleurs facilement. Les navires peuvent être individualisés aussi sûrement que les immeubles; l'acte de francisation, qui partout et toujours les accompagne, leur donne à la fois un état civil et une situation ; les mutations de propriété en sont constatées avec certitude. La publicité, qui est la base de notre régime hypothécaire, peut être assurée sans peine. Il n'y a pas dès lors de motifs pour ne pas permettre de les hypothéquer. Admise dans notre ancien droit par la jurisprudence de certains parlements, l'hypothèque des navires n'avait été abolie que par l'édit de 1666. L'ordonnance de 1681 avait organisé, en ce qui les concerne, un droit de suite, que notre code de commerce a conservé. La réforme proposée était donc relativement modeste. Il s'agissait seulement de compléter ces règles, en autorisant à ajouter au droit de suite déjà existant un droit de préférence conventionnel.

956. Les navires que la loi nouvelle déclare susceptibles d'hypothèques, ce sont les bâtiments de mer. Le législateur aurait bien voulu, pour répondre aux vœux des intéressés, étendre le bienfait de cette législation à la batellerie fluviale. Mais il s'est heurté à de véritables impossibilités. D'une part, il n'existe pas pour celle-ci d'administration chargée, comme l'administration des douanes pour les bâtiments de mer, de constater les mutations de propriété. D'autre part, la publicité de ces hypothèques a rencontré des difficultés qu'il n'a pas été possible de vaincre jusqu'ici.

957. Tous les navires ne sont pas susceptibles d'hypothèque. L'art. 36 de la loi de 1885, reproduisant l'art. 29 de la loi de 1874, ne l'autorise que pour les navires de vingt tonneaux et au-dessus. Le législateur a pensé, comme le dit M. Grivart dans son rapport sur la loi de 1874, que l'organisation du crédit hypothécaire ne présente pas une véritable

utilité pour des bâtiments qui ne sont que de simples barques. Les navires d'un tonnage inférieur n'ont pas assez de valeur pour offrir une sérieuse garantie. Leur armement n'exige que des sommes relativement peu élevées. L'appel au crédit n'a pas ici le même caractère de nécessité.

958. Comme en matière d'hypothèque foncière, l'hypothèque maritime s'étend au corps du navire, aux agrès, apparaux, machines et autres accessoires (art. 4). Cette règle est identique à celle que nous avons rencontrée dans l'art. 2118 pour les immeubles par destination. Cependant les parties peuvent y déroger et limiter l'hypothèque au corps du navire. Remarquons que les accessoires, envisagés seuls et séparés du navire, ne peuvent être hypothéqués.

Mais l'hypothèque ne s'étendrait pas aux frets non encaissés par l'armateur ou encaissés postérieurement à la saisie. Sans doute on aurait pu les considérer comme des fruits civils et décider qu'ils seraient immobilisés à partir de cette époque. En l'absence d'une disposition formelle qui consacre cette solution, nous ne saurions l'accepter. Les accessoires dont parle l'art. 4 sont des choses analogues aux agrès, apparaux, c'est-à-dire des choses corporelles faisant corps avec le navire (1). Nous n'autoriserions même pas une convention contraire. La créance du fret n'est pas un accessoire du navire. C'est un meuble incorporel, il n'est pas susceptible d'hypothèque (2).

959. L'hypothèque peut être établie sur un navire en construction aussi bien que sur un navire achevé (art. 5, L. de 1874, art. 5 *initio*, L. de 1885). Elle présente une incontestable utilité tant pour le constructeur que pour l'armateur qui fait construire le bâtiment; elle ne peut nuire à personne. Tels sont les motifs qui l'ont fait admettre.

960. L'art. 26 de la loi de 1874 avait permis l'hypothèque du navire *en cours de voyage*, appelée aussi *hypothèque éven-*

(1) Mallet, *L'hyp. marit. au point de vue th. et prat.*, p. 41; Laurin, *Dr. marit.*, 1262 *bis*; Lyon-Caen et Renault, VI, 1625; de Valroger, III, 1178; Desjardins, V, 1210; Bédarride, *Hyp. marit.*, 92; T. Morel, *Comm. de la loi du 10 décembre 1874*, 45 s.; Boistel, p. 897; Pont, I, 403 F.

(2) V. les auteurs cités note précédente. — *Contra* Bédarride, *loc. cit.*

tuelle. Il souleva les plus vives critiques. On fit ressortir les inconvénients de la mention au dos de l'acte de francisation de toutes les hypothèques constituées avant le départ. On insista sur les difficultés que présentait l'exécution des prescriptions légales relatives à la publicité. C'est pourquoi la loi nouvelle n'a pas reproduit cet art. 26. Aujourd'hui l'hypothèque d'un navire en cours de voyage n'est plus possible.

961. L'hypothèque maritime ne peut être établie que par convention (art. 1, L. de 1874 et L. de 1885). L'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire sont donc proscrites en cette matière. Le législateur a voulu mettre un nouvel instrument de crédit à la portée des propriétaires de navires. Son but n'aurait pas été atteint, si ces biens étaient affectés aux créances garanties par une hypothèque légale ou par l'hypothèque judiciaire. Ni l'une ni l'autre ne sont des instruments de crédit. Admettre qu'elles s'étendent aux navires appartenant au débiteur aurait été porter atteinte à son crédit. On aurait soustrait ainsi à l'action de ses créanciers des biens qui jusqu'alors avaient été leur sûreté. Ces considérations suffisent pour justifier la loi, sans qu'il soit besoin d'invoquer la dispense d'inscription qui serait accordée à certaines hypothèques légales ou la généralité de l'hypothèque judiciaire.

961 I. Rappelons que le nantissement des fonds de commerce (1) et les warrants agricoles (2) présentent une singulière analogie avec une hypothèque mobilière.

CHAPITRE III

DES DIVERSES ESPÈCES D'HYPOTHÈQUES

962. A un certain point de vue, toutes les hypothèques sont légales. En effet, toutes ont la loi pour source, au moins médiate. C'est ce qui résulte de l'art. 2115 : « *L'hypothèque* » *n'a lieu que* DANS LES CAS, *et suivant les formes autorisées par* » *la loi* » (3).

(1) *Supra*, I, 67 I à 67 V, 81 à 81 II.
(2) *Supra*, I, 427.
(3) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 42. — Monaco, *C. civ.*, art. 1953. — Neuchâ-

La disposition de cet art. n'a qu'un sens facile à déterminer : l'hypothèque donne naissance à un droit de préférence (art. 2094). Or un droit de préférence est exceptionnel (art. 2093). Donc il ne peut exister que dans les cas précisés par la loi et il ne peut être établi que sous les conditions de forme et de fonds qu'elle a fixées. Il résulte notamment de là qu'il est interdit aux parties de se soustraire à l'observation des formalités imposées par la loi pour la constitution des hypothèques conventionnelles, ainsi qu'à la règle de la spécialité.

Mais si, allant plus loin, nous envisageons la cause directe et immédiate qui donne naissance à l'hypothèque, nous sommes conduits à distinguer avec l'art. 2116 trois sortes d'hypothèques : « *l'hypothèque est ou légale, ou judiciaire, ou* » *conventionnelle* ».

962 I. L'art. 2117 nous donne la définition de chacune de ces hypothèques.

« *L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi* ». La faveur dont certains créanciers sont entourés a paru au législateur une raison suffisante pour leur accorder indépendamment de toute stipulation, le bénéfice d'une hypothèque (1).

« *L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements* » *ou actes judiciaires* » (2). Cette définition est loin d'être absolument satisfaisante. L'hypothèque judiciaire dont il est ici question n'est pas établie par le jugement; elle est attachée de plein droit par la loi à certains jugements ou actes judiciaires pour assurer l'exécution d'une obligation. Mais il existe aussi des cas dans lesquels la justice est autorisée par le législateur à établir sur les biens d'une personne une hypothèque, qui est plus exactement une hypothèque judiciaire

tel, *C. civ.*, art. 1712. — Tessin, *C. civ.*, art. 855. — Vaud, *C. civ.*, art. 1585. — Valais, *C. civ.*, art. 1882. — Zurich, *C. civ.*, art. 325. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 48. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1747. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2018. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3250. — Haïti, *C. civ.*, art. 1882.

(1) Dans les pays étrangers qui font de la spécialité des hypothèques un principe fondamental et absolu, l'hypothèque légale est celle qu'une personne est obligée par la loi de constituer. Cette observation s'applique également aux pays dans lesquels l'hypothèque ne peut recevoir l'existence que par l'accomplissement de certaines formalités de chancellerie.

(2) V. ce que nous disons à la note précédente.

au sens rigoureux du mot, mais non au sens des art. 2117 et 2123 (1). Telle est, par exemple, l'hypothèque que le tribunal peut constituer sur les biens de l'administrateur provisoire nommé, en vertu de l'art. 32, à la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés (L. 30 juin 1838, art. 34, al. 2). Telle est encore l'hypothèque dont le tribunal peut ordonner la constitution sur les biens du tuteur nommé, lorsque le jugement, en prononçant la déchéance de la puissance paternelle, décide que la tutelle sera organisée dans les termes du droit commun (L. 24 juillet 1889, art. 10, al. 3).

« *L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des* » *conventions et de la forme extérieure des actes et des con-* » *trats* » (2). L'hypothèque conventionnelle ne peut donc pas être établie par le seul consentement des parties. Il faut encore observer certaines formes, auxquelles l'art. 2115 a déjà fait allusion. Comme la donation, la constitution d'hypothèque est un contrat solennel (3).

(1) M. Guillouard (II, 681) classe ces hypothèques dans la catégorie des hypothèques légales. Cette dénomination ne nous paraît pas satisfaisante. L'hypothèque ne résulte pas de la loi ; elle n'est pas établie directement par le législateur. Elle est imposée par une décision spéciale du juge, qui pourrait ne pas l'instituer et qui l'établit en vertu d'une autorisation du législateur.

(2) Plusieurs législations étrangères opposent à l'hypothèque légale l'hypothèque volontaire qui embrasse l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque testamentaire.

(3) Sous le bénéfice des observations précédentes nous indiquons ici les dispositions des législations étrangères qui déterminent les diverses espèces d'hypothèques. — Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 43-44. — Italie, *C. civ.*, art. 1968. — Monaco, *C. civ*, art. 1954-1955. — Espagne, *C. civ.*, art. 1975 ; *L. hyp.*, art. 137, 138, 158, 160, 162 et 168. — Portugal, *C. civ.*, art. 904, 905 et 910. — Fribourg, *C. civ.*, art. 651 s. — Neufchâtel, *C. civ.*, art. 1712, 1714. — Tessin, *C. civ.*, art. 855, 857, et L. 24 octobre 1891, *Ann. de lég. étr.*, XXI, p. 772. — Valais, *C. civ.*, art. 1882, 1884 et 1886. — Vaud, *C. civ.*, art. 1585 ; L. 28 mai 1824, art. 26. — Berne, *C. civ.*, art. 481-482. — Soleure, *C. civ.*, art. 951. — Zurich, *C. civ.*, art. 333, 334, 336 et 337. — Suède, Ord. 16 juin 1875, art. 1-2. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 49-50. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1747-1748. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 9, 15. — Bas-Canada, *C. civ*, art. 2018-2020. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3253, 3254, 3257 et 3289. — Mexico, *C. civ.*, art. 1980, 1981, 1993 et 1998. — Haïti, *C. civ.*, art. 1882-1884. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2043, 2044 et 2051. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3115. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2278.

SECTION PREMIÈRE

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES

963. L'hypothèque légale est celle qui est établie directement par la loi, qui naît sans aucune manifestation de volonté soit du créancier, soit du débiteur (1).

Elle a donc la même source que le privilège. Mais elle s'en distingue sans peine (2). Car, malgré la formule incorrecte de l'art. **2121**, elle n'est pas attachée à certaines créances à raison de leur nature ou de leur qualité : elle est attribuée à certaines personnes en considération de leur condition juridique ou de la nature de leurs rapports avec ceux sur les biens desquels porte l'hypothèque (3). Ainsi la loi privilégie les frais faits pour la conservation d'une chose mobilière (art. **2102-3°**), parce que sans ces frais la chose n'existerait plus dans le patrimoine du débiteur, et qu'à ce titre la créance de ces frais lui paraît favorable ; peu importe la personne du créancier, on ne s'en préoccupe pas. Au contraire, la loi accorde une hypothèque légale au mineur sur les biens de son tuteur, parce que le créancier lui paraît mériter faveur, à raison de son incapacité et de son état de dépendance à l'égard du débiteur, le tuteur. Aussi cette hypothèque est-elle accordée au mineur pour toutes ses créances contre son tuteur : la qualité de la créance ne préoccupe plus ici le législateur, mais seulement la qualité du créancier.

964. L'art. **2121** nous donne l'énumération des hypothèques légales : « *Les droits et créances auxquels l'hypothèque* » *légale est attribuée, sont : — Ceux des femmes mariées sur* » *les biens de leur mari* (4) *; — Ceux des mineurs et interdits,*

(1) Zurich, *C. civ.*, art. 332.

(2) *Supra*, I, 300.

(3) Aubry et Rau, § 264, III, 4e édit. p. 200, 5e édit. p. 345; Guillouard, II, 683.— Cpr. cep. Beudant, II, 590, 592.

(4) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 47. — Italie, *C. civ.*, art. 1969. — Monaco, *C. civ.*, art. 1959. — Espagne, *L. hyp.*, art. 168-1°. — Portugal, *C. civ.*, art. 906-3°, 907. — Tessin, *C. civ.*, art. 859-860. — Vaud, *C. civ.*, art. 1090-1091. — Soleure, *C. civ.*, art. 967-3°. — Zurich (lettres de sécurité), *C. civ.*, art. 385, 592-3°, 604 s. — Roumanie, *C. civ*, art. 1753-1761. — Pologne, L. 6 août 1825, art. 15. — Grèce,

» *sur les biens de leur tuteur* (1); — *Ceux de l'Etat, des com-* » *munes et des établissements publics, sur les biens des rece-* » *veurs et administrateurs comptables* » (2).

Ainsi donc, trois hypothèques légales : 1° hypothèque légale de la femme mariée ; 2° hypothèque légale des mineurs et des interdits ; 3° hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics.

965. Cette énumération n'est pas complète, on peut y ajouter : 4° les privilèges dégénérés en hypothèques (art. **2113**). Ce sont évidemment des hypothèques légales. Dans ce cas, l'hypothèque est spéciale comme le privilège qu'elle remplace ; elle atteint seulement les immeubles que frappait le privilège (3).

966. 5° L'hypothèque légale des légataires à titre particulier (4), si l'existence de cette sûreté (5) résulte, comme nous le pensons avec la majorité des auteurs (6) et la jurispru-

L. 11 août 1836, art. 11-4°. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2029. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3279-3280, — Mexico, *C. civ.*, art. 1999-2003. — Haïti, *C. civ.*, art. 1888. — Guatémala, *C. civ.*, art. 1123, 1150, 2050. — Cpr. Fribourg, *C. civ.*, art. 2044, 2052.

(1) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 47. — Italie, *C. civ.*, art. 1969, rapp. art. 292-293. — Monaco, *C. civ.*, art. 1959. — Espagne, *L. hyp.*, art. 168, 2°, 3°. — Portugal, *C. civ.*, art. 906-2°. — Tessin, *C. civ.*, art. 859. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1195-7°. — Pologne, L. 6 août 1825, art. 15. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1753, 1762, 1767. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 11-3°. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2030-2031. — Mexico, *C. civ.*, art. 1999-2000. — Haïti, *C. civ.*, art. 1888. — Guatémala, *C. civ.*, art. 349-351, 429, 2050, 2056, 2057.

(2) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 47. — Monaco, *C. civ.*, art. 1959. — Espagne, *L. hyp.*, art. 168-5°. — Portugal, *C. civ.*, art. 906-1°. — Tessin, *C. civ.*, art. 859. — Pologne, L. 6 août 1825, art. 15. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1753. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 11-2°. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2032. — Mexico, *C. civ.*, art. 2000. — Haïti, *C. civ.*, art. 1888.

(3) V. pour le privilège de la séparation des patrimoines, qui seul peut faire difficulté, Aubry et Rau, § 264, III, 4e éd. p. 205, 5e éd. p. 353; Guillouard, II, 690; *supra*, I, 645.

(4) Baudry-Lacantinerie et M. Colin, II, 2492; Planiol, III, 2796. — V. cep. Demolombe, *Donat. et testam.*, IV, 676 qui l'accorde au légataire à titre universel.

(5) Espagne, *L. hyp.*, art. 45 s. — Portugal, *C. civ.*, art. 906-8° et 1846. — Valais, *C. civ*, art. 1885-6°. — Zurich, *C. civ.*, art. 334 s. (hypothèque testamentaire). — Roumanie, *C. civ.*, art. 902, al. 2.

(6) Merlin, *Rép.*, v° *Hyp*, sect. III, § 3, n. 5; Duranton, XIX, 288; Troplong, II, 432 *ter*, et *Don. et test.*, III, 1928; Mourlon, II, 306; Demolombe, *Succ.*, V, 217; *Don. et test.*, IV, 673; Cabantous, *Rev. de législ. et de jurisp.*, 1836, IV, p. 39; Bonnier, *ibid.*, 1841, XIV, p. 485; Pont, I, 424; Thézard, 124; Colmet de

dence [1], de l'art. 1017. Cette hypothèque est spéciale [2], elle grève bien tous les immeubles héréditaires, mais elle ne frappe pas les immeubles appartenant personnellement à l'héritier débiteur du legs [3].

967. 6° L'hypothèque de la masse des créanciers d'un commerçant soit failli (art. 490 et 517 C. co.) [4], soit admis au bénéfice de la liquidation judiciaire (art. 4, L. 4 mars 1889).

L'existence de cette hypothèque était révoquée en doute sous le C. de co. de 1807. On soutenait que l'inscription prescrite par l'art. 500 avait pour but unique de rendre plus notoire l'état de faillite, de prévenir les ventes d'immeubles consenties par le failli à l'insu et au détriment de la masse de ses créanciers. On prétendait que le dessaisissement suffisait pour protéger leurs intérêts et que le législateur n'avait pas créé un droit hypothécaire les rendant préférables aux créanciers postérieurs à la faillite. En faveur de cette opinion, on faisait remarquer que les créanciers de la masse étaient des créanciers chirographaires, que, si la faillite égalise leurs droits, elle n'en modifie pas la nature ; que par suite, chirographaires dans leur origine, leurs créances restaient chirographaires. On faisait en outre observer que l'hypothèque, garantie de l'exécution du concordat, ne remontait pas à la date de l'ins-

Santerre, IV, 162 *bis*-III ; Guillouard, II, 685, 691 ; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, II, 2487 et s. ; Beudant, II, 593, 606 à 610 ; Planiol, II, 2811, III, 2793 ; Surville, II, 634. — Cpr. Laurent, XIV, 174. — *Contra* Toullier, V, 567 à 569 ; Aubry et Rau, § 264, III, 4e éd. p. 205 et 5e éd. p. 353-354, § 722, note 24, 4e éd., VII, p. 493 ; Grenier, II, 421 s. ; G. Demante, *Rev. crit.*, 1854, V, p. 179 ; Thiry, IV, 515. — MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, 630 en refusent le bénéfice au conjoint survivant dont le droit d'usufruit a été converti en une rente viagère ; il n'est pas un légataire.

[1] Toulouse, 23 déc. 1870, D., 72. 5. 271, S., 72. 2. 41. — Rennes, 21 mai 1875 (sous Civ. cass., 22 janv. 1879), D., 79. 1. 121, S., 79. 1. 252. — Aix, 3 janv. 1883, D., 83. 2. 206. — Bordeaux, 5 mai 1887, D., 89. 2. 7, S., 90. 2. 124.

[2] Pont, II, 1001 ; Colmet de Santerre, IX, 129 *bis*-I ; Cauwès, *Note* dans S., 72. 2. 41 ; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, II, 2495 ; Huc, XIII, 187 ; Beudant, II, 679.

[3] Cette hypothèque, en supposant qu'elle résultât de l'art. 1017, n'a-t-elle pas été abolie en Belgique par la L. du 16 décembre 1851 qui a créé l'hypothèque testamentaire (art. 44) ? La question est controversée. V. en faveur de l'affirmative Arntz, IV, 1813 ; Laurent, XXX, 543 ; Thiry, IV, 516. V. en faveur de la négative Martou, II, 708.

[4] Belgique, L. 18 avril 1851, art. 487.

cription prise à la suite du jugement déclaratif, qu'elle prenait rang par l'inscription requise en vertu du jugement d'homologation du concordat (art. 524 C. co.). Cette opinion triomphait dans la doctrine [1] et dans la jurisprudence [2].

La loi du 28 mai 1838 a modifié cet état de choses. Le dernier al. de l'art. 490 nouveau reproduit bien, il est vrai, l'ancien art. 500. Mais l'art. 517 a une tout autre portée que l'art. 524 du code de 1807. Il décide que « l'homologation » *conservera* à chacun des créanciers, sur les immeubles du » failli, l'*hypothèque inscrite en vertu du 3me § de l'art. 490* ». L'inscription prise en vertu de ce texte n'est donc pas une simple mesure de publicité de la faillite ; elle conserve une hypothèque, dont la loi proclame ainsi l'existence. La loi protège les créanciers de la masse. Elle leur assure, par ce moyen, une cause de préférence à l'encontre des tiers [3].

La nouvelle inscription, que l'art. 517 ordonne de prendre en vertu du jugement d'homologation du concordat, n'a pour but que de limiter l'étendue du droit hypothécaire et de faire connaître aux tiers le montant des créances garanties.

L'hypothèque que la masse des créanciers de la faillite a sur les immeubles du failli, n'est pas une hypothèque conventionnelle, c'est évident. Elle n'est pas une hypothèque judiciaire ; le jugement déclaratif de faillite n'est pas un jugement de condamnation dans le sens que les art. 2117 et

(1) Locré, *Esprit du C. de co.*, sur l'art. 500 ; Grenier, I, 127 ; Pardessus, V, 1168 ; Troplong, III, 655 *bis*.

(2) Bourges, 20 août 1832, *J. G.*, v° *Faillite*, 494, S., 33. 2. 641. — Nîmes, 27 janv. 1840, *J. G.*, eod. loc., S., 40. 2. 368. — Req., 22 juin 1841, *J. G.*, eod. loc., S., 41. 1. 542. — Caen, 29 fév. 1844, *J. G.*, v° *Surenchère*, 216, S., 44. 2. 299. — Paris, 22 juin 1850, D., 52. 2. 213, S., 51. 2. 542.

(3) Renouard, I, p. 497 ; Esnault, *Faillites*, II, 359 ; Lainé, *Faillites*, p. 163 ; Alauzet, VII, 2603 ; Girault, *Rev. prat.*, 1867, XXIV, p. 80 s. ; Lyon-Caen et Renault, VII, 276 ; Aubry et Rau, § 264, texte et note 11, III, 4e édit. p. 203, 5e éd. p. 350-351 ; Boistel, 914 ; Laurin, *Manuel de dr. comm.*, 992 ; Flandin, II, 857 ; Guillouard, II, 687 ; Planiol, II, 2811. — Req., 29 déc. 1858, D., 59. 1. 102, S., 59. 1. 209. — Paris, 24 avril 1861, S., 61. 2. 440. — Besançon, 16 avril 1862, D., 62. 2. 85, S., 62. 2. 283. — Dijon, 5 août 1862, D., 62. 2. 149. S., 62. 2. 544. — Paris, 27 mai 1865, D., 65. 2. 174, S., 65. 2. 227. — Req., 5 août 1869 (motifs), D., 70. 1. 161, S., 69. 1. 393. — Cpr. Bédarride, *Faillites*, I, 416 et 599 ; Bravard et Demangeat, V, p. 314 s., p. 447 s. — *Contra* Pardessus, V, 1168 et 1248 ; Pont, II, 904. — Paris, 22 juin 1850, D., 52. 2. 213, S., 51. 2. 542. — V. pour ses effets *infra*, II, 1216.

2123 donnent à ces expressions. On aurait pu, sous le code de commerce, prétendre que l'hypothèque attribuée en vertu du jugement d'homologation du concordat était une hypothèque judiciaire. Mais cette opinion nous paraît devoir être écartée, aujourd'hui que l'hypothèque résulte du jugement déclaratif de faillite. C'est donc une hypothèque légale, elle est directement établie par la loi. Nous dirons avec MM. Lyon-Caen et Renault : « la déclaration de faillite est le fait d'où *la loi* fait résulter l'hypothèque » (1).

Le seul point véritablement délicat est de savoir si cette hypothèque est générale et frappe tous les immeubles présents et à venir du failli ou si elle est spéciale et doit être limitée à certains de ses immeubles. Nous étudierons plus loin cette question (2).

968. 7° L'hypothèque légale de la Régie des douanes sur les immeubles des redevables.

Cette hypothèque a été établie par l'art. 23 du tit. XIII de la L. des 6-22 août 1791, qui frappait également d'une hypothèque les immeubles des comptables. En ce qui concerne ces derniers, cette disposition a été remplacée par la loi du 5 septembre 1807. Il ne faut pas en conclure que la loi de 1791 n'est plus en vigueur en ce qui concerne les redevables. Aucun article du code ou de lois spéciales n'a modifié à cet

(1) Bravard et Demangeat, V, p. 314; Lyon-Caen et Renault, VII, 277; Aubry et Rau, § 264, texte et note 12, III, 4e éd. p. 204, 5e éd. p. 352; Guillouard, III, 1181; Thaller, 1573 et note 1; Huc, XIII, 176; Lépinois, V, 1876; Beudant, II, 593 et p. 96, note 3; Planiol, I, 2624, II, 2811; Surville, II, 634. — Caen, 10 juillet 1886, *Journ. des faillites*, 1886, p. 430. — *Contra* Alauzet, VI, 2603; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judiciaire*, p. 81. — Dijon, 5 août 1862, D., 62. 2. 149, S., 62. 2. 544. — Paris, 27 mai 1865, D., 65. 2. 174, S., 65. 2. 227. — Cpr. Valette, *De l'hyp. judiciaire*, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 979, note 2 et *Mélanges*, I, p. 381, note 6. — Cet auteur décide que cette hypothèque est une véritable hypothèque judiciaire, parce qu'elle est la conséquence d'un jugement; mais il s'empresse d'ajouter que ce n'est pas l'hypothèque judiciaire du code civil; celle-ci suppose un jugement de condamnation; le jugement déclaratif n'est pas un jugement de condamnation. Cette hypothèque judiciaire est donc une hypothèque judiciaire *sui generis*. — Cpr. Rouen, 27 avril 1887, *Journ. des faill.*, 1887, p. 473. — Que cette hypothèque soit judiciaire ou légale, son efficacité est subordonnée à la nécessité d'une inscription prise et renouvelée en temps utile. — V. de Loynes, *Note* dans D., 95. 2. 41. — Cpr. Valabrègue, p. 456.

(2) *Infra*, II, 1217.

égard la loi de 1791. Sans doute, si l'hypothèque que nous y rencontrons était la conséquence du caractère authentique des actes de soumission signés par les redevables, elle aurait disparu, en vertu des règles du code, avec les hypothèques attachées par notre ancienne jurisprudence aux obligations constatées par acte authentique. Mais la disposition même de la loi de 1791 qui met sur la même ligne les comptables et les redevables, alors que pour les premiers il ne peut être question d'engagements constatés par acte authentique, suffit pour démontrer que telle n'est pas la raison d'être de la loi [1]. Le législateur a voulu assurer le recouvrement des droits ; dans ce but, il attribue au Trésor public un privilège [2] et une hypothèque [3]. Cette hypothèque ne résulte ni d'une stipulation entre parties, ni d'un jugement de condamnation ; elle est directement établie par la loi. C'est donc une hypothèque légale [4].

Elle est générale et frappe tous les immeubles du redevable [5].

§ I. *De l'hypothèque légale de la femme mariée* [6].

I. *Origine. — Mariages desquels résulte l'hypothèque légale.*

969. L'ancien droit romain accordait à la femme mariée non pas une hypothèque légale, mais un *privilegium inter personales actiones* ou *privilegium exigendi* [7] qui lui assu-

(1) Aubry et Rau, § 264 *quater*, texte et note 10, III, 4e éd. p. 250, 5e éd. p. 419 ; Guillouard, II, 686. — *Contra* Valette, *Rev. de dr. fr. et étrang.*, 1847, IV, p. 841 et *Mélanges*, I, p. 327-328.

(2) *Supra*, I, 651 s.

(3) Req., 14 nov. 1893, D., 94. 1. 370, S., 94. 1. 397. — Cet arrêt en autorise l'exercice par la caution qui a payé, après contrainte, les droits dus au Trésor et qui par suite se trouve subrogée en vertu de l'art. 1251-3o.

(4) Cpr. Beudant, II, p. 121 note 2.

(5) En Pensylvanie, il existe une hypothèque légale qui garantit le paiement des taxes municipales établies pour couvrir les communes des dépenses qu'elles font dans l'intérêt général des habitants. L. 16 mai 1891, *Ann. de législ. étrang.*, XXI, p. 959.

(6) Italie, *C. civ.*, art. 1969-4o, 1982, 1984, 2026, 2027. — Espagne, *C. civ*, art. 1349-1350, 1352-1354 ; *L. hyp.*, art. 121, 160, 176, 182-183, 186, 189. — Portugal, *C. civ.*, art. 925-931. — Louisiane, *C. civ*, art. 3287.

(7) L. 74, D., *De jure dotium* (XXIII, 3).

rait, pour le paiement de ses reprises dotales, la préférence sur les créanciers chirographaires du mari, mais non sur ses créanciers hypothécaires. Jugeant cette garantie insuffisante, Justinien accorda à la femme, pour ses reprises dotales d'abord [1], pour toutes ses créances contre son mari ensuite [2], une hypothèque tacite sur tous les biens de celui-ci; et, par la loi *Assiduis* [3], il l'autorisa, mais seulement pour la restitution de sa dot, à se faire payer, au moyen de cette hypothèque, par préférence même aux créanciers de son mari ayant une hypothèque antérieure au mariage. La femme avait donc, pour la restitution de sa dot, une hypothèque privilégiée.

970. Notre ancienne jurisprudence, à l'imitation du droit romain, accorda une hypothèque légale à la femme mariée. Toutefois, dans les pays de nantissement, nulle hypothèque, à l'exception de celle du fisc, ne pouvait exister que par œuvres de loi, et cette règle s'appliquait à l'hypothèque de la femme mariée comme à toutes les autres.

Mais, sauf dans quelques pays de droit écrit formant le ressort du parlement de Toulouse, cette hypothèque n'était pas privilégiée, même pour la restitution de la dot.

Notons d'ailleurs que l'hypothèque légale ne prenait, à proprement parler, naissance qu'au profit des femmes qui n'avaient pas fait un contrat de mariage par acte notarié. Les autres n'avaient pas besoin d'une hypothèque légale; car elles bénéficiaient de l'hypothèque générale que notre ancien droit attachait à toutes les créances résultant d'un acte notarié : ce qui était même plus avantageux pour elles, leur hypothèque datant ainsi du jour du contrat, nécessairement antérieur au mariage, tandis que l'hypothèque des femmes qui n'avaient pas fait de contrat notarié ne datait que du jour du mariage.

971. Supprimée par l'art. 17 de la loi du 9 messidor de l'an III, l'hypothèque légale de la femme mariée fut rétablie par la loi du 11 brumaire de l'an VII qui la soumit, comme

(1) L. unique, C., *De rei uxoriæ actione* (V, 13).
(2) L. 11, C., *De pact. convent.* (V, 14).
(3) L. 12, C., *Qui potiores in pignore* (VIII, 18).

les autres hypothèques, au principe de la publicité et décida, en conséquence, qu'elle ne prendrait rang qu'à dater de son inscription. Par cette disposition, cette loi abroge nécessairement le privilège de la loi *Assiduis*.

972. L'hypothèque légale de la femme mariée a trouvé place dans notre code civil, qui la dispense d'inscription et lui assigne un rang variable suivant la nature des différentes créances garanties, sans qu'elle puisse en aucun cas remonter à une époque antérieure à la célébration du mariage (art. 1572). C'est un moyen terme entre le système de la loi *Assiduis* et celui de la loi de brumaire.

973. L'hypothèque légale accordée à la femme mariée a pour fondement l'impossibilité morale où elle se trouve de stipuler des garanties pour les diverses créances qu'elle peut acquérir contre son mari. Cette impossibilité existe soit avant, soit pendant le mariage : la stipulation de garanties avant le mariage aurait le plus souvent blessé la susceptibilité du futur époux, peut-être entraîné la rupture du mariage projeté; et comment la femme aurait-elle pu stipuler des garanties pendant le mariage, alors qu'elle est soumise à l'autorité de son mari et dominée par lui? La femme ne pouvant ainsi pourvoir par elle-même à sa propre sûreté, la loi vient à son secours en lui attribuant une hypothèque, quel que soit d'ailleurs le régime matrimonial adopté, alors même qu'elle serait séparée de biens par contrat [1]. Mais l'existence de cette garantie dépend de la composition du patrimoine du mari. A ce point de vue il nous paraît impossible de justifier la règle de la loi.

Elle continue d'exister après la séparation de biens et même après la séparation de corps [2] : car le mariage n'est pas dissous et le mari n'échappe pas à toute responsabilité (V. art. 1450). D'ailleurs, la femme, au profit de laquelle la séparation de corps ou le divorce a été prononcé, conserve son

[1] Pont, I, 429; Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 216; 5e éd. p. 369; Guillouard, II, 752.

[2] Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 5, III, 4e éd. p. 217, 5e éd. p. 369; Guillouard, II, 752. — Req., 20 mai 1878, *J. G. Suppl.*, vo *Priv. et hyp.*, 450, S., 79. 1. 49.

droit aux gains de survie stipulés dans le contrat de mariage. Ce droit est garanti par l'hypothèque légale [1].

974. Le mariage est la source de l'hypothèque légale. Il faut, bien entendu, que le mariage soit valable [2]. Et toutefois si un mariage nul avait été contracté *de bonne foi* par les époux ou par la femme seulement, l'hypothèque légale existerait en faveur de la femme pour toutes les créances qui naîtraient à son profit contre son mari jusqu'au jour de la déclaration judiciaire de nullité du mariage. En effet, l'hypothèque légale est un des effets civils du mariage et, à ce titre, elle peut résulter d'un mariage putatif (art. 201-202) [3].

975. Le bénéfice de l'hypothèque légale peut être invoqué par la femme française ou étrangère qui épouse un Français, soit en France, soit à l'étranger. Cette garantie est attachée à la qualité de femme mariée; elle est donc un effet civil du mariage; la femme française par naissance ou par mariage a le droit de s'en prévaloir.

On se demande cependant si cette solution ne doit pas, dans le cas de mariage célébré à l'étranger, être subordonnée à l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 171, c'est-à-dire à la transcription de l'acte de célébration du mariage sur le registre public des mariages du lieu du domicile du Français dans les trois mois de son retour en France. La question a été vivement controversée. Nous n'aborderons pas ce débat qui se rattache intimement au commentaire du *titre du mariage*. Nous dirons seulement qu'on considère généralement aujourd'hui l'art. 171 comme dépourvu de toute sanction. L'inobservation de cette disposition n'entraîne pas la nullité du mariage; elle ne le prive d'aucun de ses effets civils; elle n'enlève pas à la femme le droit de se prévaloir de son hypothèque légale [4]. Cette transcription n'a aucun rapport avec la publicité du mariage.

(1) Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 5 *bis*, III, 5e éd. p. 369.

(2) Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 216, 5e éd. p. 368; Guillouard, II, 752.

(3) Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 216, 5e éd. p. 369; Guillouard, II, 753; Planiol, I, 1117; Surville, II, 623.

(4) Mourlon, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1844, I, p. 885; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, 290; Demolombe, *Mariage*, I, 229; Troplong, II, 513 *bis*; Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 216, 5e éd. p. 368-369, § 468, texte et note 30, 4e éd.,

Cependant la doctrine accorde aux tiers lésés par le défaut de transcription et par l'erreur dans laquelle ils ont été induits une action en dommages-intérêts, fondée sur l'art. **1382** (1).

976. La femme étrangère jouit-elle du bénéfice de l'hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France (2)?

La question divise profondément les auteurs. Nous ne pouvons la discuter ici avec les développements qu'elle comporte ; car elle se rattache à la théorie générale de la condition des étrangers en France. C'est pourquoi nous nous bornerons à exposer les diverses opinions qui se sont produites.

La jurisprudence décide que la distinction du statut personnel est étrangère à ces dispositions, dont l'objet principal est bien moins de régler la condition juridique des immeubles que de protéger d'une manière spéciale les intérêts pécuniaires de certaines personnes, et qui, d'autre part, n'ont pas pour objet de régler l'état et la capacité des personnes (3). Elle décide que l'hypothèque légale de la femme mariée est une création du droit civil, qu'elle n'appartient en France qu'aux femmes à qui elle a été conférée par la loi française, aux conditions déterminées par cette loi.

En conséquence, la femme française ou étrangère, mariée hors de France à un étranger, ne peut pas invoquer l'art. **2121** et réclamer le bénéfice de cette disposition (4).

V, p. 127; Laurent, III, 36; Thézard, 88; Guillouard, II, 754; Beudant, II, p. 86, note 1; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, 1876; Surville, II, 623. — Civ. rej., 23 novembre 1840, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 865, S., 40. 1. 929. — Trib. civ. Nice, 1er déc. 1873 (sous Cass.), S., 75. 1. 347. — *Contra* Duranton, II, 240; Marcadé, I, sur l'art. 171. — Req., 6 janv. 1824, *J. G.*, eod. v°, 865. — Montpellier, 3 juin 1830, *J. G.*, eod. v°, 866, S., 31. 2. 151.

(1) Demolombe, *Mariage*, I, 229; Aubry et Rau, § 469, 4e éd. V, p. 427; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, 1877.

(2) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 2 additionnel.

(3) *Sic* Aubry et Rau, § 31, note 19, I, 4e éd. p. 37, 5e éd. p. 140; § 78, note 63, I, 4e éd. p. 306, 5e éd. p. 518.

(4) Liège, 16 mai 1823, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 868, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2. 212. — Bordeaux, 17 mars 1834, *J. G.*, eod. loc. — Douai, 24 juin 1844, *J. G.*, eod. loc., S., 44. 2. 239. — Bordeaux, 14 juill. 1845, D., 46. 2. 163, S., 46. 2. 394. — Metz, 6 juill. 1853, D., 54. 2. 106, S., 53. 2. 547. — Civ. cass., 20 mai 1862, D., 62. 1. 201, S., 62. 1. 673 et sur renvoi Grenoble, 23 avril 1863, D., 63. 2. 186, S., 63. 2. 124. — Alger, 31 janv. 1868 (sous Civ. cass., 5 fév. 1872), D., 73. 1. 76,

La cour de cassation a appliqué cette solution à la femme qui, Française au moment de son mariage, devient étrangère en épousant un étranger, alors même que le contrat de mariage aurait été passé en France et que les futurs époux y auraient stipulé l'adoption du régime dotal, tel qu'il est réglé par la loi française (1).

Il en est ainsi pour la femme qui épouse en France un étranger (2) même dans le cas où les futurs époux auraient adopté l'un des régimes matrimoniaux spécialement réglementés par la loi française.

La cour d'Aix a cependant décidé que l'hypothèque légale appartient à la femme qui, Française au moment de la célébration du mariage, s'est mariée avec un étranger en France devant un officier de l'état civil français et qui a déclaré, dans son contrat de mariage, vouloir se soumettre à la loi française (3). L'arrêt rattache ainsi l'application de l'art. 2121 à une manifestation de volonté des époux. Il est difficile d'accepter cette théorie. La femme serait investie d'une hypothèque légale, parce qu'elle l'aurait ou serait présumée l'avoir ainsi stipulé dans son contrat de mariage. Or, l'hypothèque légale résulte de la loi (art. 2117), et non de la volonté des parties. Celles-ci ne peuvent pas en modifier les règles, à moins que la loi ne les y autorise formellement.

S., 72. 1. 190. — Alger, 20 déc. 1886, *Journ. Clunet*, 1889, p. 269. — Paris, 13 août 1889, D., 90. 2. 161. — Grenier, I, 246 et 247; Duranton, XIX, 202; Battur, II, 351; Gaudry, *Rev. de législ. et de jurisp.*, 1835, II, p. 300; Fœlix, *Rev. étr. et fr.*, 1842, IX, p. 25, et *Tr. de dr. internat. privé*, I, p. 636; Soloman, *Cond. des étrangers*, p. 61 s.; Potel, *De l'hyp. légale*, p. 132 s.; Demolombe, *Dr. civils*, 88; Massé, II, 227; Aubry et Rau, § 78, note 62, I, 4e éd. p. 304, 5e éd. p. 516-517, § 264, III, 4e éd. p. 200, 5e éd. p. 346; Laurent, *Dr. civ. internat.*, III, 328; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-II; Thézard, 88. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Remploi*, § 2, n. 9; Troplong, II, 513 *ter*; Rodière et Pont, *Cont. de mariage*, I, 174; Pont, I, 433. — V. aussi de Rolland, *Journ. Clunet*, 1890, p. 66; *Quest. et solut. prat.*, *Journ. Clunet*, 1896, p. 344 et s. — Grenoble, 10 juill. 1849, D., 51. 2. 11, S., 50. 2. 261. — Alger, 21 mars 1860, cassé par l'arrêt du 20 mai 1862, *supra cit.*

(1) Civ. rej., 4 mars 1884, D., 84. 1. 205, S., 84. 1. 273.

(2) Alger, 25 mars 1895, D., 96. 2. 381, S., 96. 2. 299, *Journ. Clunet*, 1896, p. 617.

(3) Aix, 8 nov. 1875 (motifs), D., 77. 2. 225, S., 76. 2. 134. — *Sic* Tessier, *De la dot*, II, note 1092.

Elles ne peuvent pas convenir que les immeubles du mari n'en seront pas grevés (art. 2140). Il est donc impossible que leur volonté ait le pouvoir de faire naître une sûreté que la loi seule a le droit de créer, et que les parties n'ont pas la faculté de supprimer; elles ne peuvent constituer qu'une hypothèque conventionnelle (1).

977. Dans la doctrine, la généralité des auteurs considère l'hypothèque légale de la femme mariée comme une dépendance du statut personnel (2). En faveur de cette opinion on fait remarquer que l'art. 2121 n'a pas pour objet direct et immédiat de déterminer la condition juridique des immeubles. Sa disposition n'appartient donc pas au statut réel. On y voit une mesure de protection édictée par la loi dans l'intérêt de certains incapables. Il a donc son fondement dans des considérations tirées de la condition des personnes. L'hypothèque légale rentre, pour ce motif et à titre d'accessoire, dans les règles du statut personnel.

Après avoir posé ce principe, la plupart de ces auteurs en déduisent cette conséquence : la femme mariée étrangère ne pourra être admise à réclamer en France le bénéfice de l'hy-

(1) *Sic* Civ. rej., 4 mars 1884, D., 84. 1. 205, S., 84. 1. 273. — Valette, 139, p. 278, note 2 ; Aubry et Rau, § 78, texte et note 64, I, 4e éd. p. 306. 5e éd. p. 518-519. — Cpr. Civ. cass., 5 fév. 1872, D., 73. 1. 76, S., 72. 1. 190.

(2) Valette, 139, p. 276; Demangeat, *Cond. civ. des étr.*, 82; Demangeat sur Fœlix, *Dr. intern. priv.*, p. 153, note; Cubain, *Dr. des femmes*, 679; Laurent, I, 116; XXX, 253; Bard, *Tr. de dr. int. privé*, 162; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-II; de Vareilles-Sommières, *La synthèse du dr. int. privé*, II, 898 *bis;* Despagnet, *Précis de dr. internat. privé*, 416; Lepinois, III, 1295. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Remploi*, § 2, n. 9; Troplong, II, 429 et 513 *ter;* Rodière et Pont, *Contr. de mariage*, I, 193; Pont, I, 333. — Grenoble, 19 juill. 1849, D., 51. 2. 10, S., 50. 2. 261. — Cpr. Demolombe, *Dr. civils*, 88. — Dans notre ancien droit on considérait que l'hypothèque légale appartenait au statut réel, tel qu'on le comprenait à cette époque. La femme étrangère avait ou n'avait pas d'hypothèque suivant que la loi de la situation des biens admettait ou n'admettait pas cette institution. Sa loi personnelle n'était pas prise en considération. V. Pothier, *Introd. au titre XX de la Cout. d'Orléans*, ch. I, n. 9; Brodeau, sur les art. 107 et 164, n. 9 de la *Cout. de Paris*, et sur Louet, lettre H, § 5; Malicostes, *Cout. du Maine*, sur l'art. 186; *Arrêtés* de Lamoignon, Tit. *des hyp.*, art. 25; Montholon, § 136; Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, I, ch. XXIII, n. 56, p. 661; Boullenois, *Tr de la personn. et de la réalité des lois*, I, p. 86; Rousseau de Lacombe, v° *Hyp.*, sect. II, 5; Roussilhe, *De la dot*, I, p. 316; Arrêt du grand conseil du 18 mars 1748, rapporté par Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. I, § 5, n. 12.

pothèque légale que si la loi régissant son état, c'est-à-dire sa loi nationale, lui accorde cette garantie [1]. Quelques-uns de ces auteurs exigent cependant que l'hypothèque légale soit admise à la fois par la loi nationale de la femme étrangère et par la loi de la situation des biens [2].

978. La jurisprudence, faisant à l'hypothèque légale de la femme mariée l'application de l'art. 11, est logiquement conduite à apporter deux exceptions au principe par elle consacré. Si la femme étrangère n'a pas une hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France, c'est parce que l'hypothèque légale est un de ces droits civils dont, en règle générale, les étrangers n'ont pas la jouissance en France. Par conséquent, la femme étrangère bénéficiera de cette sûreté toutes les fois qu'elle aura en France la jouissance des droits civils [3].

1° Il en sera ainsi dans le cas de réciprocité diplomatique (art. 11). La femme étrangère sera admise à se prévaloir de l'hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France, lorsqu'un traité intervenu entre la France et le pays auquel elle appartient aura accordé à la femme française une hypothèque légale sur les biens de son mari situés dans ce pays. Ainsi en est-il pour les femmes mariées italiennes en vertu du traité du 24 mars 1760 (art. 22), dont les dispositions s'appliquent aujourd'hui à tous les pays compris dans le royaume d'Italie, notamment à la Toscane [4]. Il en est de

[1] Fœlix, *Tr. de dr. intern. privé*, I, 67, et *Rev. étr. et fr.*, 1842, IX, p. 25 s. ; Laurent, XXX, 253; Fiore, *Dr. intern. privé*, trad. Fodéré, 231, 2e édit., trad. Antoine, II, 894; Bard, *Précis de dr. intern. privé*, 162; Durand, *Essai de dr. intern. privé*, 210; Despagnet, *Précis de dr. intern. privé*, 416; Surville, II, 623. V. Questions et solutions pratiques, *Journ. Clunet*, 1900, XXVII, p. 321.

[2] V. notamment Fœlix, *loc. cit.* — L'art. 9 de l'avant-projet adopté par la sous-commission juridique de la commission extra-parlementaire du cadastre propose d'accorder l'hypothèque légale à la femme mariée étrangère « lorsqu'un semblable droit lui est reconnu par la loi de son pays ou lorsqu'il résulte des circonstances que les époux ont entendu se marier sous le régime de la loi française ».

[3] Metz, 6 juill. 1853, D., 54. 2. 106. — Civ. rej., 4 mars 1884, D., 84. 1. 205, S., 84. 1. 273. — *Sic* Grenier, I, 246 et 247; Battur, II, 351; Duranton, XIX, 292; Massé, II, 827; Fœlix, *Rev. étr. et fr.*, 1842, IX, p. 25; Soloman, *Cond. des étr.*, p. 61 à 65; Demolombe, *Dr. civils*, 88; Aubry et Rau, § 78, texte et note 62, 1, 4e éd. p. 304, 5e éd. p. 516-517; Guillouard, II, 692-693, 755.

[4] Guillouard, II, 693. — Cpr. Aubry et Rau, § 264, note 2, III, 4e éd. p. 200,

même pour la Suisse en vertu des conventions du 30 juin 1864, du 15 juin 1869 (art. 6) et du 23 février 1882 (art. 1) (1).

La jurisprudence est allée plus loin dans cette voie. Elle n'exige pas l'identité des droits ; elle se contente d'une simple équivalence. En conséquence la femme ottomane, qui jouit en Turquie d'un droit d'antériorité, peut exercer l'hypothèque légale de l'art. 2121 sur les immeubles de son mari situés en France, bien que la loi musulmane ne reconnaisse aucune hypothèque légale et réciproquement la femme française pourrait réclamer en Turquie le privilège d'antériorité consacré par la loi turque. Le protocole du 9 juin 1868 a transformé en réciprocité diplomatique l'assimilation des femmes françaises et turques établie par la loi turque du 19 juin 1867 au point de vue des droits réels immobiliers (2).

La même règle semble devoir s'appliquer avec l'Espagne en vertu des traités du 7 janvier 1862 et du 6 février 1882, qui accordent aux Espagnols en France les mêmes droits qu'à nos nationaux en Espagne (3), avec la Serbie en vertu du traité du 18 juillet 1883, qui renferme une stipulation semblable (4). Il semble même que l'insertion, dans un traité, de la clause générale de la nation la plus favorisée entraînerait cette réciprocité (5).

2° Pour le même motif, la femme étrangère, autorisée à

5e éd. p. 347. — Grenoble, 19 juill. 1849, D., 51. 2. 10, S., 50. 2. 261. — Grenoble, 27 août 1855, D., 56. 2. 125, S., 56. 2. 484. — Civ. cass., 5 fév. 1872, D., 73. 1. 76, S., 72. 1. 190. — Civ. rej., 5 nov. 1878, D., 78. 1. 476, S., 79. 1. 126. — V. Le Bourdellès, *Journ. Clunet,* 1882, p. 393, n. 7.

(1) Aubry et Rau, § 264, note 2, III, 4e éd. p. 200, 5e éd. p. 346-347. — Paris, 19 août 1851, D., 54. 2. 13. — Trib. civ. Seine, 9 juill. 1878, *Journ. Clunet,* 1879, p. 392. — Chambéry, 10 juill. 1900, D., 02. 2. 418, S., 01. 2. 73 et sur pourvoi, Req., 27 janv. 1903, D., 03. 1. 249, S., 04. 1. 81. — V. Surville, *Rev. crit.,* Nouv. sér., XXXIII, 1904, p. 214 et s.

(2) Paris, 13 août 1889, D., 90. 2. 161. — Cette question n'a pas été soulevée lors du pourvoi devant la cour de cassation. Civ. rej., 23 mai 1892, D., 92. 1. 473, S., 92. 1. 521. — Même en admettant cette théorie de l'équivalence, il est douteux qu'on rencontre ici la réciprocité diplomatique indispensable, en vertu de l'art. 11, pour justifier cette solution. — V. *Journ. Clunet,* 1889, p. 824, note 2 ; Aubry et Rau, § 264, note 2, III, 5e éd., p. 347.

(3) Aubry et Rau, § 264, note 2, III, 5e éd., p. 346.

(4) Aubry et Rau, § 264, note 2, III, 5e éd., p. 346.

(5) Aubry et Rau, § 264, note 2, III, 5e éd., p. 346. — V. Despagnet, *Précis de dr. internat. privé,* 415.

fixer son domicile en France en vertu de l'art. 13 et admise ainsi à la jouissance des droits civils, pourrait, pendant la durée de cette jouissance, exercer l'hypothèque légale de l'art. 2121. Cette solution, universellement admise sous l'empire du code [1], lorsque les effets de l'autorisation étaient indéfinis quant au temps, paraît devoir être encore accueillie en principe, malgré la modification apportée à l'art. 13 par la loi du 26 juin 1889. Cependant le caractère temporaire de cette autorisation soulève, à notre avis, une très grave difficulté, que ce n'est pas le lieu d'examiner [2].

979. Il importerait peu que la femme eût épousé un commerçant, que son mari eût été déclaré en faillite ou en état de liquidation judiciaire et que le mariage eût été célébré depuis l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé.

En effet, d'une manière générale, les hypothèques légales échappent à la nullité édictée par l'art. 446 C. co. pour les hypothèques conventionnelles et judiciaires. Ce texte ne les mentionne pas. Son silence suffit pour écarter la nullité, parce que les nullités sont de droit étroit et doivent résulter expressément ou virtuellement d'un texte. C'est à juste titre d'ailleurs que la loi n'a pas compris les hypothèques légales dans sa disposition. En effet, l'hypothèque légale est attachée à la qualité du créancier ; elle naît donc au moment même où la personne que la loi veut protéger acquiert le droit de créance prévu par le législateur. Sa naissance est ainsi contemporaine de l'obligation. Par suite, il n'y a pas à redouter les fraudes que la disposition de l'art. 446 C. co. a pour but de prévenir. C'est pourquoi la nullité n'est pas encourue.

Vraie pour toutes les hypothèques légales, aussi bien pour celle de l'Etat, des communes et des établissements publics que pour celle des incapables, cette solution s'applique en particulier à l'hypothèque légale de la femme mariée. En

[1] Bordeaux, 14 juillet 1845, D., 46. 2. 163, S., 46. 2. 394. — Alger, 21 mars 1860, D., 62. 1. 201, S., 61. 2. 65. — Alger, 31 janvier 1868 (sous Civ. cass., 5 fév. 1872), D., 73. 1. 76, S., 72. 1. 190. — Douai, 29 décembre 1881 (sous Cass.), D., 84. 1. 205, S., 84. 1. 273.

[2] V. Weiss, *Journ. Clunet*, 1899, XXVI, p. 15-16 ; Huc, XIII, 239.

conséquence, la femme peut se prévaloir de son hypothèque même dans le cas où son mariage aurait été célébré depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé [1]. Elle peut également invoquer cette garantie, lorsque sa créance a pris naissance dans la période suspecte [2]. Mais cette dernière solution soulève une très grave difficulté, lorsque la femme s'est obligée solidairement avec son mari ou se porte caution solidaire de celui-ci envers un créancier antérieur et subroge ce dernier dans son hypothèque légale. Nous la retrouverons plus loin [3]. Disons toutefois que la faillite du mari pourra, sous les conditions que nous déterminerons, entraîner la restriction de l'hypothèque légale [4].

II. *Créances garanties par cette hypothèque.*

980. La loi dit : « *Les droits et créances auxquels l'hypo-* » *thèque légale est attribuée, sont, — Ceux des femmes mariées* » *sur les biens de leur mari* ». Toute créance, qu'une femme mariée acquiert *en cette qualité* contre son mari, est donc garantie par l'hypothèque légale [5].

Nous disons *en cette qualité ;* autrement ce ne serait plus, comme la loi l'exige, la créance d'une femme mariée contre

(1) Beudant, *Note* dans D., 69. 1. 5; Lyon-Caen et Renault, VII, 380; Aubry et Rau, § 264 *ter,* note 1, III, 4e éd. p. 216, 5e éd. p. 368.

(2) Renouard, I, 382; Pardessus, III, 1135; Bravard et Demangeat, V, p. 236 et p. 242 à la note; Namur, II, 1655; Massé, II, p. 383; Aubry et Rau, § 264 *ter,* III, 4e éd. p. 223, 5e éd. p. 380-381; Pont, II, 886; Beudant, *Note* dans D., 69. 1. 5; Lyon-Caen et Renault, VII, 380; Thaller, 1627-1628. — Req., 7 novembre 1848, D., 48. 1. 241, S., 49. 1. 121. — Colmar, 20 novembre 1855, S., 56. 2. 580. — Douai, 29 janv. 1857, D., 57. 2. 113, S., 57. 2. 401. — Civ. rej., 25 juill. 1860, D., 60. 1. 330, S., 61. 1. 93. — Civ. cass., 24 décembre 1861, D., 61. 1. 71, S., 61. 1. 538. — Dijon, 6 fév. 1868 et sur pourvoi, Req., 9 déc. 1868, D., 69. 1. 5, S., 69. 1. 117. — Bourges, 1er avril 1870, D., 72. 2. 30, S., 71. 2. 72. — Bordeaux, 12 mai 1873, S., 73. 2. 220. — Lyon, 6 janv. 1876, S., 76. 2. 207. — Nancy, 19 mars 1879, D., 80. 2. 10, S., 79. 2. 113. — Poitiers, 5 mai 1879, D., 79. 2. 165, S., 79. 2. 254. — Poitiers, 20 avril 1885, D., 86. 2. 6, S. (sous cassation), 87. 1. 173. — Cpr. cep. Coin-Delisle, *Rev. crit.,* 1853, III, p. 221; Bédarride, *Faillites,* I, 124 *ter.*

(3) *Infra,* II, 990 s.

(4) *Infra,* II, 983, 987, 1012 et 1013.

(5) Espagne, *L. hyp.,* art. 168-1°. V. pour l'hypothèque dotale, art. 189-193. — Louisiane, *C. civ.,* art. 3287.

son mari. Ainsi l'hypothèque légale ne s'attacherait pas aux créances que la femme avait contre son mari antérieurement au mariage, à moins qu'elles n'eussent été comprises dans l'apport confié à l'administration du mari, cas d'ailleurs assez fréquent [1]. Elle ne garantirait pas non plus les créances résultant d'un délit commis par le mari au préjudice de sa femme et qui ne se rattacherait pas à l'administration des biens de celle-ci.

Peu importe d'ailleurs la source de la créance (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit ou loi), encore moins son chiffre. Les principales créances auxquelles l'hypothèque légale est attachée sont énumérées par l'art. **2135**; mais ce ne sont pas les seules. Cet article, écrit uniquement en vue de fixer le rang de l'hypothèque pour les diverses créances qu'elle garantit, n'a rien de limitatif. Son silence relativement à telle créance de la femme ne peut donc faire naître aucun doute sur le point de savoir si cette créance est garantie par l'hypothèque légale, mais tout au plus seulement sur le point de savoir quel est de ce chef le rang de l'hypothèque [2].

981. La plupart des auteurs cherchent cependant à limiter l'étendue de la disposition de l'art. **2121**. Aubry et Rau [3] la restreignent aux droits « qu'à raison de faits ou d'actes » relatifs à son patrimoine, la femme peut avoir à exercer » contre son mari, en cette qualité, à un titre ou pour une » cause quelconque ». M. Thézard [4], n'accorde la garantie de l'hypothèque légale qu'aux « droits et créances de la » femme qui se rattachent à l'état de mariage et naissent de » sa dépendance par rapport au mari ». Colmet de San-

(1) Lepinois, III, 1362; Planiol, II, 2821. — Cpr. cep. Huc, XIII, 177.

(2) Troplong, II, 418; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 7, III, 4e éd. p. 217, 5e éd. p. 370; Thézard, 90; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-I; André, 632; Guillouard, II, 756; Beudant, II, 598; Planiol, II, 2819. — Civ. cass., 29 août 1870, D., 70. 1. 353, S., 71. 1. 157. — Civ. cass., 28 janvier 1879, D., 79. 1. 83, S., 79. 1. 214. — Nîmes, 28 janvier 1879, D., 80. 2. 127. — Civ. cass., 31 mars 1879, D., 79. 1. 425, S., 80. 1. 425. — Civ. cass., 25 fév. 1891, D., 91. 1. 201, S., 91. 1. 157. — Req., 1er mai 1893, D., 94. 1. 57, S., 94. 1. 281. — Bourges, 8 janvier 1894, D., 96. 1. 345. — Dijon, 4 juin 1894, D., 94. 2. 334, S., 95. 2. 25. — Civ. cass., 25 juin 1895, D., 97. 1. 553, S., 95. 1. 348.

(3) Aubry et Rau, § 264 *ter*, 2°, III, 4e éd. p. 217, 5e éd. p. 370.

(4) Thézard, 90.

terre [1] est moins affirmatif. Il nous paraît cependant accepter le principe de cette théorie quand il dit : « Quelle que soit » la cause de la créance, l'hypothèque a sa raison d'être, car » cette créance est toujours née d'un acte de confiance de la » femme envers son mari, et cette confiance est la conséquence » de l'influence inévitable que le mariage a donnée au mari » sur sa femme. C'est en vue de cette influence et des mau- » vais résultats qu'elle peut produire que l'hypothèque légale » existe ». Seul Laurent [2] répudie toute distinction et accorde une hypothèque légale pour tous les droits qu'une femme mariée acquiert en cette qualité contre son mari.

La question est particulièrement intéressante pour les aliments que la femme séparée de corps demanderait à son mari en vertu de l'art. 212. Elle se présente dans les mêmes termes pour les dépens de l'instance en séparation de corps introduite par la femme qui a triomphé, quoiqu'on essaie d'y voir, à raison de la séparation de biens qui en est l'accessoire, un moyen de sauvegarder les intérêts pécuniaires de la femme, et pour les dépens de l'instance en divorce lorsque le divorce est prononcé contre le mari.

L'intérêt du débat étant ainsi précisé, nous abordons l'examen de la question. La généralité des termes de l'art. 2121 ne permet, à notre avis, aucune distinction. Ce n'est pas seulement le patrimoine de la femme que la loi a voulu sauvegarder; ce sont toutes les créances qui naissent au profit d'une femme mariée contre son mari, qu'elle a entendu garantir; l'art. 2121 embrasse donc toutes les créances qui ont leur origine dans la qualité de femme mariée. La loi n'a pas seulement en vue les créances nées d'un acte de confiance de la femme envers son mari, confiance qui serait la conséquence de l'influence de celui-ci; elle a entendu la protéger contre tous les abus de la puissance maritale. L'hypothèque est une sûreté; en l'accordant, la loi vient au secours de la femme, qu'elle considère comme incapable de stipuler les garanties qui lui seraient nécessaires. Or cette incapacité est la même,

(1) Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-I.
(2) Laurent, XXX, 333. — V. aussi Guillouard, II, 756.

toutes les fois que la créance naît au profit d'une femme mariée. C'est pourquoi l'hypothèque existera dans toutes ces hypothèses. De là les conséquences suivantes :

1° L'hypothèque garantira l'obligation alimentaire dont le mari est tenu pendant le mariage (art. **212**) et qui peut motiver une condamnation contre lui soit pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce, soit après la séparation de corps, soit après le divorce (art. **301**) [1]. On objecte en vain que cette créance n'est pas une créance de la femme contre son mari, mais une créance réciproque de l'un des époux contre l'autre, qu'elle résulte du mariage et non du contrat de mariage. Nous répondrons : la loi attribue une hypothèque non seulement aux créances résultant du contrat de mariage, mais à toutes les créances de la femme mariée contre son mari; tel est bien notre cas. Nous ajoutons que dans le cas prévu par l'art. **301**, la pension alimentaire est le complément du contrat de mariage, puisque son allocation est

[1] Martou, III, 891; Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-XVI; Laurent, XXX, 346; de Loynes, *Note* dans D., 94. 2. 25; Wahl, *Rev. du notar. et de l'enreg.*, 1894, XXXV, p. 81, n. 9081; Louis-Lucas, *Note* dans *Pand. franç.*, 94. 2. 25; Guillouard, II, 773-774; Lepinois, III, 1375; Huc, XIII, 177; Beudant, II, 598; Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 8 *bis*, III, 5e éd., p. 371 (ces auteurs avaient enseigné l'opinion contraire dans sprécédentes éditions); Planiol, II, 282; Surville, II, 624. — Tri civ. Seine, 28 nov. 1881, en note sous Dijon, 16 juin 1893, S., 95. 2. 25. — Nancy, 3 juin 1882, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 471, S., 82. 2. 248. — Montpellier, 16 nov. 1889, D., 90. 2. 171. — Cass. belg., 2 juil. 1891, S., 91. 4. 30. — Dijon, 16 juin 1893, D., 94. 2. 25, S., 95. 2. 25. — Dijon, 4 juin 1894, D., 94. 2. 334, S., 95. 2. 25. — Douai, 16 mai 1895, D., 98. 2. 105 (*Note* de M. Cézar-Bru), S., 95. 2. 269. — Civ. cass., 25 juin 1895, D., 97. 1. 553 (*Note* de M. L. Michel), S., 95. 1. 348. — Trib. civ. Carpentras, 11 juin 1895, *Gaz. des trib.*, 29-30 juil. 1895. — Amiens, 9 juil. 1896, S., 98. 2. 68. — Trib. civ. Marseille, 23 juil. 1897, *Gaz. des trib.*, 10 oct. 1897. — Trib. civ. Marseille, 23 oct. 1897, *Rec. Gaz. des trib.*, 1898, 1er sem. Table, v° *Hypothèque*, 7. — Nancy, 15 avril 1899, D., 00. 2. 193 (*Note* de M. de Loynes) S., 02. 2. 153 (*Note* de M. Tissier). — Trib. civ. Soissons, 19 juin 1901, D., 02. 2. 352. — V. également en ce sens Challamel, *Rapport sur les hypothèques légales*, présenté au nom du comité de rédaction de la sous-commission juridique de la commission extraparlementaire du cadastre. *Procès-verbaux*, fasc. 3, p. 113. — *Contra* Troplong, II, 418 *bis;* Thézard, 90; André, 632-8°; Vigié, *Cours élém. de dr. civ.*, III, 1341; Wahl, *Note* dans S., 95. 2. 25. — Grenoble, 6 fév. 1868, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 471, S., 68. 2. 138. — Lyon, 16 juill. 1881, D., 82. 2. 175, S., 82. 2. 237. — Caen, 21 août 1883, *J. G. Suppl.*, eod. loc., S., 84. 2. 30. — Besançon, 21 décembre 1894, D., 95. 2. 230, S., 95. 2. 28. — Trib. civ. Lyon, 8 mai 1901, D., 02. 2. 350.

subordonnée à la condition que les époux ne se soient pas fait d'avantage. Qu'importe que cette créance soit réciproque? Lorsqu'elle appartient à la femme, elle est pourvue d'une garantie qui n'existe pas lorsqu'elle est exercée par le mari. La différence établie par la loi entre les deux époux se justifie sans peine; le mari trouve soit ordinairement dans les pouvoirs dont il est investi sur le patrimoine de la femme, soit dans tous les cas dans l'hypothèque judiciaire conséquence de la condamnation, des sûretés largement suffisantes. Troplong [1] objecte que l'hypothèque légale ne peut résulter que d'un texte et qu'aucun art. n'établit alors une hypothèque. Le texte que l'on exige, nous le trouvons dans l'art. 2121.

Il en est ainsi même pour la part que le jugement déclare afférente aux besoins de l'enfant né du mariage [2]. Car ce jugement constitue un titre de créance au profit de la mère et non au profit de l'enfant.

De même l'hypothèque garantit la pension alimentaire due à la femme en vertu de l'art. 205 modifié par la loi du 9 mars 1891 [3]. Mais nous ne saurions étendre cette garantie à la rente viagère substituée à l'usufruit auquel la femme survivante aura droit en vertu du nouvel art. 767 [4]. La femme n'était créancière ni de son mari, ni de la succession de celui-ci, l'usufruit est un droit réel. La transformation qui s'est produite est l'œuvre de la volonté des héritiers du mari; c'est de ceux-ci que la femme est devenue créancière.

2° L'hypothèque légale garantit le paiement des dépens auxquels le mari aurait été condamné par le jugement prononçant soit la séparation de biens, soit la séparation de corps ou le divorce sur la demande de la femme. Il nous est impossible d'admettre que les frais de la demande en séparation de corps aient été exposés pour la conservation de la dot. Sans doute la séparation de corps entraîne la séparation

(1) Troplong, *loc. cit.*

(2) Nancy, 15 avril 1899, D., 00. 2. 193 (*Note* de M. de Loynes), S., 02. 2. 153 (*Note* de M. Tissier).

(3) Guillouard, II, 775; Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 8 *bis*, III, 5e éd., p. 372. — *Contra* Trib. civ. Seine, 27 décembre 1898, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1899, 1er sem., 2. 206.

(4) Guillouard, II, 776; Aubry et Rau, *loc. cit.* — V. *infra*, II, 988.

de biens; mais c'est une conséquence indirecte du jugement; elle n'est pas le but de l'instance [1]. Toutefois c'est une créance qui existe au profit d'une femme mariée, en cette qualité, contre son mari; elle sera garantie par l'hypothèque légale. Ces considérations s'appliquent également à l'instance en divorce. Les frais auxquels le mari a été condamné sont aussi une créance de la femme mariée. Le recouvrement en sera assuré de la même manière [2].

982. Cela posé, nous allons indiquer les principales créances auxquelles l'hypothèque légale de la femme mariée est attachée. Ce sont :

1° *La dot.* Pour que l'hypothèque prenne naissance, il faut que la constitution ait été faite dans des conditions telles qu'elle ait donné naissance au profit de la femme à une créance contre son mari pour la restitution de la dot. Or c'est ce qui n'arrive pas toujours. Ainsi, sous le régime de la communauté légale, la dot mobilière apportée par la femme se confond dans la communauté, dont elle devient un des éléments : la femme n'est donc pas créancière de sa dot; en aucun cas, elle n'a d'action pour en obtenir la restitution; n'ayant pas de créance, comment aurait-elle une hypothèque ? Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, au contraire, la femme a une action contre son mari pour la restitution de sa dot mobilière, donc une hypothèque. D'une manière générale, on peut dire que la femme ne jouit de l'hypothèque légale à raison de ses apports que lorsqu'elle s'en est expressément ou tacitement réservé la reprise [3], qu'il s'agisse d'une créance liquide ou d'une créance à liquider [4].

[1] Cpr. à ce sujet Troplong, II, 418 *ter;* Pont, I, 439; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 10, III, 4e éd. p. 218, 5e éd. p. 372; Thézard, 96; Laurent, XXX, 363; Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-XVI; André, 632; Guillouard, II, 784; Lepinois, III, 1376; Beudant, II, 597; Planiol, II, 2822. — Paris, 28 juillet 1853, D., 55. 2. 64, S., 54. 2. 203. — Cpr. Riom, 5 février 1821, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2448, S., 23. 2. 23.

[2] Huc, XIII, 177. — Bordeaux, 22 mars 1889, D., 89. 2. 280, S., 90. 2. 52.

[3] Pont, I, 435; Aubry et Rau § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 218-219, 5e éd. p. 373; Martou, II, 884; Laurent, XXX, 335 s.; Thézard, 91 ; Guillouard, II, 757; Huc, XIII, 178. — Bordeaux, 2 juin 1875, D., 76. 2. 143, S., 75. 2. 291. — Rennes, 24 juill. 1891, D., 93. 2. 403. — *Contra* Aix, 16 août 1872, D., 74. 2, 131.

[4] Req., 25 fév. 1891, D., 91. 1. 201, S., 91. 1. 157.

Il en est ainsi même dans le cas où la dot devait, en vertu du contrat de mariage, être versée entre les mains d'un tiers et lui a été effectivement comptée. La femme a alors une action en restitution contre le tiers et une action contre son mari, cette dernière garantie par l'hypothèque légale (1).

Nous n'avons pas à rechercher ici la manière dont la femme justifiera de l'existence de ses droits et créances (2).

Il est presque inutile d'ajouter que l'hypothèque légale garantit également la restitution des fruits produits par la dot lorsque la femme en est créancière, ainsi que le paiement des intérêts des capitaux dotaux (3), dans les conditions que nous aurons l'occasion de déterminer en commentant l'art. **2151** (4).

983. Le code de commerce renferme à cet égard des règles spéciales au cas où le mari est déclaré en faillite ou en état de liquidation judiciaire. Cependant elles ne s'appliquent pas dans toutes les hypothèses indistinctement. Pour qu'elles puissent être invoquées, il faut que le mari fût commerçant au moment de la célébration du mariage ou que, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il soit devenu commerçant dans l'année. Ces règles s'appliquent si le mari est commerçant, alors même qu'il aurait une fonction incompatible avec la profession de commerçant. Il n'y a pas à tenir compte de la qualité prise par le mari soit dans le contrat de mariage, soit dans l'acte de mariage. C'est à la réalité des choses, à la profession effective réellement exercée par lui qu'il faut s'attacher (5).

(1) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 15, III, 4e éd. p. 219, 5e éd. p. 373-374; Guillouard, II, 758. — Montpellier, 3 janv. 1827, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 904, S., 27. 2. 211 et sur pourvoi Civ. rej., 30 mars 1831, *J. G., loc. cit.*, S., 31. 1. 343.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 1308; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et notes 16 et 17, III, 4e éd. p. 219, 5e éd. p. 374.

(3) Troplong, II, 468 *ter*; Pont, I, 436; Martou, II, 884; Guillouard, II, 763. — Riom, 17 déc. 1846 (sous Req., 28 mars 1848), D., 48. 1. 170. — Bordeaux, 10 août 1849, D., 52. 2. 102.

(4) *Infra*, III, 1741.

(5) Pont, I, 443; Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 236, 5e éd. p. 398; Renouard, II, p. 340; Esnault, *Faillites*, III, 589; Lyon-Caen et Renault, VIII, 911. — Req., 5 juill. 1837, *J. G.*, vo *Commerçant*, 89, S., 37. 1. 923. — Nîmes, 10 juill. 1851, D., 52. 2. 216, S., 51. 2. 634. — Besançon, 13 fév. 1856, D., 56. 2. 118, S., 56 2. 367. — Req. (sol. impl.), 24 janv. 1872, D., 72. 1. 93, S., 72. 1. 231.

L'art. 563 C. co. exige alors que la femme prouve, par acte ayant date certaine avant la déclaration de faillite, la délivrance ou le paiement fait au mari des deniers ou effets mobiliers qu'elle a apportés en dot ou qui lui sont advenus depuis le mariage par succession, donation ou legs et à raison desquels elle réclame une collocation par préférence. Sous le code de 1807 (art. 551) la preuve ne pouvait être faite que par acte authentique; la loi de 1838 se contente d'un acte ayant date certaine. Elle est moins rigoureuse pour la femme qui se présente comme créancière que pour la femme qui revendique en qualité de propriétaire (art. 560 C. co.); la revendication atteint plus gravement la masse des créanciers d'une faillite qu'une simple collocation en qualité de créancière.

Il résulte de là que la preuve du droit de la femme ne pourrait résulter d'une présomption, notamment de la présomption de l'art. 1569 (1).

De même, la mention portée sur les livres du mari commerçant n'a pas date certaine, ne satisfait pas aux exigences de l'art. 563 C. co. et ne suffit pas pour justifier la demande par la femme d'une collocation par préférence (2).

On admettait généralement que l'impossibilité, où se trouvait la femme d'établir ses droits conformément à l'art. 563 C. co., lui enlevait la faculté d'invoquer son hypothèque, mais ne l'empêchait pas de produire au passif de la faillite en qualité de créancière chirographaire (3). Mais la jurisprudence inaugurée par l'arrêt de cassation de la chambre civile du 22 novembre 1886 (4), si elle est maintenue par la cour suprême, modifiera cette solution.

(1) Angers, 23 déc. 1868, D., 69. 2. 33, S., 69. 2. 194. — Poitiers, 21 juin 1881, D., 82. 2. 224. — *Sic* Alauzet, IV, 1877; Lyon-Caen et Renault, VIII, 909; Valabrègue, 385; Thaller, 1804; Huc, XIII, 181. — *Contra* Esnault, *Faillites,* III, 586 *bis;* Gadrat, *Faillites,* p. 393 s. — Cpr. Guillouard, II, 761.

(2) Req., 21 nov. 1887, D., 88. 1. 204, S., 90. 1. 471. — Valabrègue, 385.

(3) Esnault, *Faillites,* III, 592; Guillouard, II, 761; Aubry et Rau, § 264 *ter,* note 18 *in fine,* III, 4e éd. p. 220, 5e éd. p. 375. — Limoges, 29 juin 1839, *J. G.,* v° *Faillite,* 1092, S., 40. 2. 9, — Douai, 27 mai 1841, *J. G.,* eod. v°, 1111, S., 41. 2. 450. — Lyon, 29 avril 1850, D., 52. 2. 283, S., 52. 2. 598. — Paris, 20 nov. 1867 et sur pourvoi Req., 13 août 1868, D., 70. 1. 126, S., 69. 1. 348.

(4) Civ. cass., 22 nov. 1886, D., 87. 1. 113, S., 89. 1. 465. — Cpr. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 1308 et s.

984. 2° *Les conventions matrimoniales,* que la loi place à côté de la dot dans l'art. 2135.

Cette expression n'a pas toujours le même sens dans les dispositions du code civil. Dans son acception la plus étendue, elle comprend tous les droits et créances que la femme peut avoir contre son mari. A ce titre, il faudrait y faire rentrer les indemnités à elle dues pour le prix de ses propres aliénés sans remploi ou pour dettes par elle contractées avec son mari. C'est en vertu des conventions matrimoniales qu'elle est devenue créancière de son mari. Il suffit de lire l'art. 2135 pour être convaincu que les mots : *Conventions matrimoniales* n'y ont pas une portée aussi large. Car la loi distingue ces créances et les conventions matrimoniales.

Nous sommes ainsi amenés à reconnaître que sous cette dernière dénomination il faut comprendre deux classes de créances :

A. Celles que la femme a pu acquérir contre son mari soit par l'effet des clauses insérées dans le contrat de mariage notamment par la stipulation du droit de reprendre son apport franc et quitte en cas de renonciation (1) sous la réserve de ce que nous dirons du rang (2), soit à raison de l'administration des biens personnels de celle-ci à lui confiée par le contrat de mariage expressément ou implicitement par suite de l'adoption de tel ou tel régime, par exemple les dommages-intérêts auxquels le mari serait condamné pour avoir commis des malversations, pour avoir laissé dépérir les biens de sa femme faute de réparations d'entretien, ou pour n'avoir pas fait transcrire une donation à elle faite, ou pour avoir laissé s'accomplir contre elle la prescription de ses biens dotaux (art. 1561) ;

B. Les avantages stipulés par la femme dans le contrat de mariage et d'où résulte pour elle une créance contre son mari ou la succession de celui-ci. Il est indispensable que la femme soit devenue créancière de son mari. L'hypothèque légale ne peut être que l'accessoire d'une créance. Par consé-

(1) Civ. cass., 15 juil. 1902, D., 04. 1. 353 (*Note* de M. de Loynes), S., 03. 1. 313.
(2) *Infra,* II, 1478 I.

quent si le droit de la femme était subordonné à la condition de l'acceptation de la communauté et s'il ne pouvait s'exercer que par voie de prélèvement sur la masse commune, la femme ne pourrait pas, de ce chef, se prévaloir de son hypothèque. Tel serait le cas du préciput (art. 1515). La femme n'est alors qu'une copropriétaire qui prélève avant partage; elle n'est pas créancière de son mari; elle n'a pas d'hypothèque légale, elle n'est qu'une copartageante et n'a que le privilège du copartageant (1). Il en serait autrement si le préciput avait été stipulé même pour le cas de renonciation, si le paiement en pouvait être poursuivi sur les biens du mari. La femme renonçante aurait alors une créance contre son mari; elle pourrait invoquer l'hypothèque légale de l'art. 2121 (2). Pour le même motif, la femme n'a pas d'hypothèque légale pour lui garantir sa part de communauté (3).

985. Ainsi donc l'hypothèque légale n'existe que si la stipulation insérée dans le contrat de mariage fait naître un droit de créance au profit de la femme contre son mari. Mais tous les avantages créés par la volonté des parties sont garantis par l'hypothèque légale. Il en est ainsi des donations de biens présents, qu'elles soient pures et simples ou qu'elles soient subordonnées à la condition de survie de la donataire (4). Par exemple, la donation d'une rente viagère faite

(1) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 20, III, 4e éd. p. 221, 5e éd. p. 376-377; Laurent, XXX, 343. — Bordeaux, 22 juil. 1866, D., 71. 2. 89, S., 70. 2. 80. — V. cep. Duranton, XX, 23. — Cpr. Amiens, 11 déc. 1876, *J. G. Suppl.*, vo *Priv. et hyp.*, 468, S., 77. 2. 216.

(2) V. les autorités citées à la note précédente. — *Contra* Guillouard, II, 766.

(3) Persil, I, sur l'art. 2135, VII; Pont, I, 435 *in fine;* Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 221, 5e éd. p. 377; Laurent, XXX, 351; Thézard, 92; Guillouard, II, 766; Huc, XIII, 178; Beudant, II, 599. — Paris, 3 déc. 1836, S., 37. 2. 273 et sur pourvoi Req., 15 juin 1842, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 689-4o, S., 42. 1. 631. — Bordeaux, 2 mars 1848, D., 48. 2. 78, S., 48. 2. 349. — Civ. cass., 9 janv. 1855, D., 55. 1. 28, S., 55. 1. 125. — Nimes, 24 mars 1859, S., 59. 2. 203. — Bastia, 25 janv. 1862, S., 62. 2. 453. — Bordeaux, 2 juin 1875, D., 76. 2. 143. — Bordeaux, 27 nov. 1894, D., 96. 2. 360. — Cpr. cep. Amiens, 11 déc. 1876, S., 77. 2. 216 duquel il est intéressant de rapprocher Bordeaux, 22 juill. 1869, D., 71. 2. 89, S., 70. 2. 80. — V. Guillouard, II, 767.

(4) Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 221, 5e éd. p. 377; Demolombe, *Donat. et test.*, VI, 415; Guillouard, II, 768. — Nîmes, 9 mars 1831, *J. G.*, vo *Cont. de mar.*, 4294, S., 31. 2. 157. — Douai, 29 août 1835, S., 36. 2. 34. — Toulouse, 24 mai 1855, D., 56. 2. 104, S., 55. 2. 491. — Riom, 12 nov. 1856, S., 57. 2. 183. —

par contrat de mariage nous paraît être une donation de biens présents et non une donation de biens à venir : à ce titre elle est incontestablement garantie par l'hypothèque légale [1].

La même solution devrait être admise par identité de motifs, si le mari avait fait par contrat de mariage donation à sa femme de l'usufruit d'une somme d'argent à partir de son décès [2].

Il en serait de même des libéralités simplement éventuelles, par exemple, d'une donation de biens à venir faite dans le contrat de mariage par le mari à sa femme, et de la donation d'une somme d'argent à prendre sur les plus clairs deniers de la succession du mari.

Cette solution est cependant très sérieusement contestée. Nous ne l'examinerons qu'en ce qui concerne la donation de biens à venir, les mêmes considérations s'appliquant à l'autre hypothèse. On objecte que le donateur de biens à venir conserve la faculté de disposer à titre onéreux des biens compris dans cette libéralité et d'hypothéquer ses immeubles. Il a également le droit d'affecter ces biens à l'exécution de ses engagements, pourvu que ces obligations n'aient pas été contractées à titre gratuit. Les actes par lui consentis dans la limite de ses droits sont certainement opposables au donataire de biens à venir. La femme ne peut donc pas exercer son hypothèque légale au préjudice des acquéreurs à titre onéreux, au préjudice des créanciers hypothécaires du mari [3], peut-être même au préjudice de ses créanciers chirographaires. Il semble dès lors que l'hypothèque n'a pas de raison d'être, puisqu'elle n'offrirait à la femme aucun avantage. Mais il peut arriver que le donateur excède la limite de ses droits, qu'il ait, au mépris de la donation de biens à venir, disposé à titre gratuit. Cet acte illicite est nul ; mais il peut

Req., 27 déc. 1859, D., 60. 1. 105, S., 61. 1. 87. — Grenoble, 19 déc. 1893, D., 95. 2. 140.

(1) Montpellier, 9 août 1886, S., 87. 2. 76. — *Contra* Toulouse, 30 juill. 1888, D., 89. 2. 23.

(2) Grenoble, 8 fév. 1879, D., 80. 2. 149, S., 80. 2. 69.

(3) Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e édit. p. 222, 5e édit. p. 378. — Req., 16 mai 1855, D., 55. 1. 245, S., 55. 1. 490. — Civ. cass., 12 mai 1875, D., 75. 1. 347, S., 76. 1. 77.

donner naissance à une action en dommages-intérêts (1). Si cette action appartient à une femme mariée contre son mari, elle sera sanctionnée par l'hypothèque légale. Même en dehors de cette hypothèse, la femme peut avoir intérêt à se prévaloir de son hypothèque légale à l'encontre des créanciers des héritiers de son mari. Il semble juste, dès lors, de lui accorder la garantie de l'hypothèque légale (2).

986. On considère aussi généralement comme rentrant dans *les conventions matrimoniales*, et comme garantis à ce titre par l'hypothèque légale, les divers avantages matrimoniaux qu'un texte de loi confère à la femme sur les biens de son mari, c'est-à-dire la créance de la femme pour son deuil, quel que soit le régime (art. **1481** et **1570**) (3), et sous le régime dotal la créance de la femme pour ses aliments et pour l'habitation pendant l'année de deuil (4), créances qui ne sont pas garanties par le privilège des frais funéraires (5). Ces avantages sont fondés sur l'intention présumée des par-

(1) Cpr. Dijon, 11 fév. 1887, D., 88. 2. 42.

(2) Duranton, XX, 27; Troplong, II, 585; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 23, III, 4e édit. p. 221, 5e édit. p. 377-378; Laurent, XXX, 343 s.; Thézard, 91; André, 632; Labbé, *Note* dans S., 75. 2. 257; Lepinois, III, 1377. — Req., 19 août 1840, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 886, S., 40. 1. 849. — Bordeaux, 21 fév. 1851, D., 54. 2. 150. — Paris, 18 juin 1870, D., 71. 2. 156. — Paris, 15 juin 1874, D., 77. 2. 208. — Paris, 7 juill. 1874, D., 76. 2. 65. — Amiens, 11 déc. 1876, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 468, S., 77. 2. 216. — Grenoble, 8 fév. 1879, D., 80. 2. 147, S., 80. 2. 69. — *Contra* Pont, I, 438; Demolombe, *Donat. et test.*, I, 415; Martou, III, 888; Lyon-Caen, *Note* dans S., 75. 2. 129; Guillouard, II, 770. — Caen, 3 janv. 1854, D., 54. 2. 150. — Req., 16 mai 1855, D., 55. 1. 245, S., 55. 1. 490. — Rouen, 11 juill. et 20 déc. 1856, D., 57. 2. 109 et 110, S., 57. 2. 359. — Bordeaux, 15 déc. 1868, D., 69. 2. 244, S., 69. 2. 251. — Chambéry, 1er mai 1874, D. (sous Cass., 2 fév. 1875), 75. 1. 486, S., 75. 2. 257. — Cpr. Paris, 9 déc. 1875, D., 75. 2. 155, S., 75. 2. 129.

(3) Challamel, *Rapport sur les hypothèques légales*, présenté au nom du comité de rédaction de la sous-commission juridique de la commission extra parlementaire du cadastre, *Procès-verbaux*, fasc. 3, p. 113.

(4) Proudhon, *Usufr.*, I, 212; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 25, III, 4e éd. p. 222, 5e éd. p. 379; Martou, III, 889; Laurent, XXX, 345; Thézard, 91; André, 632-8°; Guillouard, II, 772; Lepinois, III, 1373-1374. — Toulouse, 6 déc. 1824, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2203, S., 26. 2. 106. — Civ. rej., 29 août 1838, *J. G.*, v° *Cont. de mar.*, 4202, S., 38. 1. 769. — Alger, 6 mars 1882, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 470, S., 84. 2. 137. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Deuil*, § 1, n. 8; Toullier, XIII, 269; Benoît, *De la dot*, II, 25; Troplong, II, 418 *bis*; Pont, I, 437. — Bordeaux, 25 janv. 1858, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 470, S., 58. 2. 410.

(5) *Supra*, I, 321 et 321 I.

ties contractantes; les dispositions de la loi sur ce point sont par suite censées faire partie du contrat de mariage des époux, et constituent des conventions matrimoniales tacites, dont l'exécution doit être garantie de la même manière que celle des conventions matrimoniales expresses.

987. La faillite du mari vient ici encore modifier les droits de la femme. L'art. 563 C. co. énumère limitativement les créances garanties par l'hypothèque légale. En conséquence l'art. 564 C. co. refuse à la femme la faculté d'exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage. Elle est privée de tout droit soit à l'égard de la masse, soit à l'égard de tous ceux qui y ont intérêt et notamment des créanciers hypothécaires (1). Mais il faut ou que le mari fût commerçant à l'époque de la célébration du mariage ou que, n'exerçant alors aucune autre profession déterminée, il soit devenu commerçant dans l'année (2).

Cette disposition est générale; elle s'applique à tous les avantages quelle qu'en soit la nature, aussi bien à la donation de biens à venir qu'à la donation de biens présents.

Cependant on a décidé, avec raison croyons-nous, qu'elle ne pouvait pas être opposée aux héritiers de la femme prédécédée si, au moment du décès, le mari n'était pas en état de cessation de paiements et si sa faillite n'était déclarée que longtemps après (3).

Les auteurs sont généralement d'accord pour soumettre à la même règle les donations faites pendant le mariage, alors même qu'elles n'auraient pas été consenties pendant la période suspecte. Il est à craindre en effet qu'elles n'aient eu lieu au détriment de la masse. Demangeat n'exige même pas, dans ce cas, que le mari fût commerçant au jour du mariage ou le soit devenu dans l'année (4).

988. 3° *Les créances résultant, au profit de la femme, des*

(1) Civ. rej., 8 déc. 1897, D., 98. 1. 161, S., 98. 1. 273.

(2) Civ. rej., 18 avril 1882, D., 83. 1. 73, S., 83. 1. 161. — Valabrègue, 385; Thaller, 1749 et 1803. — Cpr. Lyon-Caen et Renault, VIII, 910.

(3) Bordeaux, 8 mai 1867, *J. G. Suppl.*, v° *Faillites*, 1173.

(4) V. sur cette question Lyon-Caen et Renault, VIII, 912; Demangeat sur Bravard, V, p. 571; Ruben de Couder, v° *Faillite*, 991. — Req., 2 mars 1881, D., 81. 1. 401, S., 81. 1. 145.

successions qui lui sont échues ou des donations qui lui ont été faites pendant le mariage, lorsque les biens provenant de ces successions ou donations ne tombent pas en communauté (1).

Sous cette dénomination il faut comprendre toutes les libéralités dont la femme a été gratifiée, directes ou indirectes (2).

Ces créances font en réalité partie de la dot ; elles sont en conséquence soumises aux mêmes règles ; s'il est nécessaire de les distinguer des valeurs apportées au moment de la célébration du mariage, c'est seulement quand il s'agit de déterminer le rang de l'hypothèque.

Il faut qu'il s'agisse de successions échues *pendant le mariage*. Par conséquent l'hypothèque légale ne garantit pas l'usufruit ou la rente viagère que la femme survivante est appelée à recueillir en vertu de l'art. 767 modifié par la L. du 9 mars 1891 (3).

989. 4° *Les récompenses dues à la femme par la communauté, notamment du chef de l'aliénation de ses propres ou des dettes par elle contractées conjointement ou solidairement avec son mari* (art. 1431). La femme est en effet créancière de son mari à raison de ces récompenses, puisque le mari est responsable de leur paiement sur ses biens personnels (art. 1472).

Elle a hypothèque à raison de l'aliénation de ses biens dotaux, alors même que cette aliénation aurait été consentie en dehors des conditions stipulées dans le contrat de mariage.

Pour que l'hypothèque légale naisse du chef des obligations acquittées par la femme, il n'est pas indispensable qu'elle soit obligée, il suffit qu'elle ait payé volontairement la dette de son mari (4). Cependant elle n'aurait pas d'hypothèque légale, si la dette avait été acquittée depuis la dissolution de la com-

(1) Civ. cass., 28 janv. 1879, D., 79. 1. 83, S., 79. 1. 214. — Nîmes, 28 janvier 1879, D., 80. 2. 127, S., 79. 2. 263. — Pau, 17 juin 1889, D., 90. 2. 21.

(2) Pau, 17 juin 1889, D., 90. 2. 21.

(3) Guillouard, II, 776 ; Huc, V, 136, XIII, 180.

(4) Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 26 *bis in fine*, III, 5e éd. p. 380; Laurent, XXX, 358 ; Guillouard, II, 780. — Civ. cass., 29 août 1870, D., 70. 1. 353, S., 71. 1. 157.

munauté [1]. Mais lorsqu'elle s'est obligée, il n'est pas nécessaire qu'elle ait exécuté son obligation. La simple éventualité d'un recours contre son mari suffit pour en justifier l'existence. Ainsi sous le régime de la communauté, la femme qui s'oblige conjointement ou solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari est réputée, à l'égard de celui-ci, ne s'être obligée que comme caution (art. 1431). Elle pourra, en conséquence, se prévaloir de tous les droits accordés par la loi à la caution ; elle aura la faculté d'exercer son recours même avant d'avoir payé dans les hypothèses prévues par l'art. 2032, d'invoquer son hypothèque légale [2] et d'obtenir une collocation [3].

990. L'application de ces principes donne lieu à une grave difficulté dans les circonstances suivantes. Le mari est commerçant ; il a été déclaré en faillite. Depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé, la femme s'est engagée envers un créancier antérieur de son mari ; elle s'est portée, par exemple, caution solidaire d'une obligation préexistante. Pourra-t-elle, de ce chef, invoquer son hypothèque légale à la date de son engagement?

On sait que l'art. 446 C. co. prononce la nullité de toute hypothèque conventionnelle constituée sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées, si cette sûreté a été établie pendant la période suspecte. Or ici le droit de la femme naît par un acte de sa volonté. Quoique son hypothè-

(1) Huc, XIII, 178. — Douai, 30 avril 1897, D., 98. 2. 12.

(2) De Loynes sur Tessier, *Société d'acquêts*, 136, note 2, p. 211 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 26 *ter* III, 5e éd. p. 380. — Bourges, 15 mai 1830, *J. G.*, v° *Contr. de mar.*, 1053-1°. — Req., 7 mars 1842, *J. G.*, eod. v°, 1053-2°, S., 42. 1. 640. — Orléans, 24 mai 1848, D., 48. 2. 185, S., 50. 2. 145. — Paris, 30 juin 1853, D., 55. 2. 356. — Caen, 31 août 1863, D., 64. 2. 138. — Civ. rej., 24 mai 1869, D., 69. 1. 276, S., 69. 1. 345. — Nancy, 20 déc. 1871, D., 72. 2. 36 et sur pourvoi Civ. rej., 26 janv. 1875, D., 75. 1. 52. — Amiens, 26 mai 1874, D., 76. 2. 130. — Agen, 20 mars 1889, D., 90. 2. 143. — Bordeaux, 31 déc. 1889, S., 91. 2. 228. — Req., 11 juil. 1894, D., 96. 1. 113. — Paris, 10 déc. 1896, D., 97. 2. 125. — Civ. rej., 26 déc. 1900, D., 01. 1. 129.

V. sur les conditions dans lesquelles la femme est admise à exercer son droit *Note* de M. de Loynes dans D., 96. 1. 113.

(3) *Infra*, III, 2570.

que soit une hypothèque légale, n'y a-t-il pas lieu de la soumettre à la même règle qu'une hypothèque conventionnelle? Cette solution semble s'imposer d'une manière d'autant plus impérieuse, que seule elle permet d'assurer le respect de la loi. En effet si le créancier du mari avait, dans ces conditions, stipulé à son profit une hypothèque conventionnelle, cette garantie serait nulle et de nul effet à l'égard de la masse (art. 446 C. co.). Or, si le cautionnement de la femme est valable, et si son recours contre son mari est garanti par l'hypothèque légale, on atteindra le but que la loi défénd d'atteindre, on causera à la masse le préjudice que le législateur a voulu prévenir. Le créancier poursuivra la femme; celle-ci se retournera contre son mari et la faillite en invoquant le bénéfice de son hypothèque légale et obtiendra une collocation par préférence; elle prélèvera ainsi sur l'actif immobilier une somme égale au montant de la dette par elle acquittée. La masse se trouvera dans la même situation que si le créancier avait pu obtenir une constitution d'hypothèque conventionnelle. Ce résultat blesse la justice et renferme une violation indirecte de la loi. Il est d'autant plus choquant que ce créancier pourra lui-même invoquer l'hypothèque légale soit du chef de sa débitrice en vertu de l'art. 1166, soit en son nom personnel en vertu d'une subrogation qu'il se serait fait consentir à l'hypothèque légale.

Voulant le prévenir et ne pouvant admettre qu'une créance puisse naître au profit de la femme mariée contre son mari sans être assortie de l'hypothèque légale, on a proposé d'annuler l'engagement de la femme [1]. Mais quand il s'est agi de déterminer la cause de cette nullité, les partisans de cette opinion se sont divisés.

991. Les uns ont essayé de la justifier par l'incapacité où se trouverait le mari failli d'autoriser sa femme à s'obliger envers un de ses créanciers personnels et sur la nullité de l'autorisation qu'en fait il aurait donnée. Le cautionnement de la femme serait nul pour incapacité, et elle serait incapa-

[1] Valabrègue, 353 *ter*, p. 472. Cet auteur enseigne cette solution sans indiquer le fondement sur lequel il l'établit.

ble, parce qu'elle n'aurait pas été valablement autorisée [1].

Cette argumentation nous paraît reposer sur une erreur certaine. La faillite, même déclarée, ne frappe pas le mari d'une incapacité générale ; notamment elle ne lui enlève pas la puissance maritale, ni le droit d'autoriser sa femme [2]. A plus forte raison, en doit-il être de même lorsque, comme dans l'espèce, l'acte est antérieur au jugement déclaratif de faillite. Pour admettre la nullité, il faudrait, d'une part supposer que l'engagement de la femme a été contracté dans l'intérêt du mari et d'autre part décider que l'autorisation maritale est inopérante toutes les fois que le mari est personnellement intéressé à l'acte accompli par sa femme. Or on sait que cette théorie est généralement repoussée. L'intérêt que le mari peut avoir à une convention passée par sa femme ne lui enlève pas le droit de l'autoriser [3]. Par conséquent l'acte, par lequel une femme cautionne pendant la période suspecte avec l'autorisation de son mari une dette antérieure de celui-ci, n'est pas nul pour incapacité.

992. Les autres auteurs, qui proclament la nullité du cautionnement de la femme, invoquent l'art. 598 C. com. Cet article prononce la nullité de « tout traité » duquel résulterait en faveur « d'un créancier » un avantage à la charge de l'actif du « failli ». Cette nullité est une nullité absolue et peut être invoquée par toute personne, même par le failli. Or, le cautionnement donné par la femme assure au créancier le paiement de tout ce qui lui est dû ; la convention lui procure un avantage, puisque les créanciers de la masse ne recevront qu'un dividende, et cet avantage est à la charge de l'actif du failli ; la femme ou le créancier exercera l'hypothèque légale, prélèvera sur le prix des immeubles du failli une somme égale

(1) Coin-Delisle, *Rev. crit.*, 1853, III, p. 221 s. ; Pont, I, 447. — Poitiers, 16 janv. 1860, D., 60. 2. 25, S., 60. 2. 289. — Nancy, 4 août 1860, D., 60. 2. 166, S., 61. 2. 119. — Nancy, 4 mars 1876, et sur pourvoi Req., 11 déc. 1876, D., 77. 1. 359, S., 77. 1. 406. — Nancy, 19 mars 1879, D., 80. 2. 10, S., 79. 2. 113, cassé par Civ. cass., 27 avril 1881, D., 81. 1. 295, S., 81. 1. 393.

(2) Bordeaux, 29 fév. 1888, *J. G. Suppl.*, v° *Faillite*, 380, S., 89. 2. 125.

(3) Demolombe, *Du mar.*, II, 234 à 236 ; Aubry et Rau, § 472, texte et notes 46 et 47, 4e éd. V, p. 148 et 149 ; Laurent, III, 134. — Bordeaux, 29 fév. 1888, *J. G. Suppl.*, v° *Faill.*, 380, S., 89. 2. 125.

au montant de la dette ; l'actif à répartir entre les créanciers de la masse sera diminué d'autant. Donc la nullité du cautionnement est encourue en vertu de l'art. 598 C. com. (1).

Pour échapper à cet argument très sérieux, on répond que rien ne s'oppose à ce que, tout en validant le cautionnement de la femme, on refuse à celle-ci le droit d'exercer son hypothèque légale. Beudant (2) justifie dans les termes suivants cette manière de procéder : « Ce n'est pas du cautionnement » même que résulte un avantage à la charge de l'actif, ce » serait de l'acquisition de l'hypothèque légale... Or le cau- » tionnement est absolument indépendant du recours plus ou » moins efficace qu'il ouvre à la femme, il n'est nullement » subordonné à l'efficacité de l'hypothèque légale. La femme » mariée, pourvu qu'elle ait l'autorisation de son mari, est » pleinement capable de s'engager ; aucune raison appréciable » n'autorise à l'affranchir de l'obligation qu'elle a contractée, » à moins toutefois que son consentement n'ait été obtenu » par violence ou surpris par dol (art. 1109) ; peu importe » que l'hypothèque qu'elle a cru acquérir lui échappe. Ce » résultat d'ailleurs n'a rien d'injuste : si la femme vient au » secours de son mari menacé par la faillite, connaissant la » situation de celui-ci, elle le fait à ses risques et périls ; si » elle ne la connaît pas, elle ne doit s'en prendre qu'à son » imprudence ; n'est-il pas bien plus naturel, dans tous les » cas, de laisser à sa charge les conséquences de son acte » que de les faire supporter à la masse » ? Beudant s'efforce de démontrer que la femme ne peut pas alors invoquer son hypothèque légale. Pour que l'hypothèque légale échappe à l'application de l'art. 446 C. co., il faut qu'elle conserve son caractère et ne naisse pas en réalité par la volonté des personnes. Or ici c'est le consentement de la femme qui lui donne naissance. L'art. 446 doit donc recevoir son application, et le savant auteur conclut que l'art. 598 ne peut être invoqué. L'avantage que reçoit le créancier est à la charge du patrimoine personnel de la femme ; il n'est pas à la charge de l'actif du failli.

(1) Bédarride, *Faill.*, I, p. 212. — Cpr. Civ. cass., 9 mars 1898, D., 99. 1. 156.
(2) Beudant, *Note* dans D., 69. 1. 5. — V. aussi Ortlieb, *Note* dans S., 79. 2. 113.

Il y a dans cette division des effets de la convention quelque chose qui ne satisfait pas absolument la raison. L'engagement de la femme et son recours résultent du même contrat. L'existence de ce recours est le fait qui donne lieu à l'exercice de l'hypothèque légale ; celle-ci en est la conséquence nécessaire, immédiate, instantanée. Comment séparer l'accessoire du principal, alors que cet accessoire est né en vertu de la loi et que la femme ne peut pas abdiquer par sa volonté cette garantie ? Si l'hypothèque légale peut être invoquée de ce chef, la femme n'éprouvera aucun préjudice ; c'est à l'aide d'une valeur dépendant de l'actif de la faillite que le créancier aura été en réalité désintéressé. Ne faut-il pas en conclure que le cautionnement est nul en vertu de l'art. 598?

Nous ne le pensons pas cependant. Ecartons tout d'abord le cas où le cautionnement aurait été donné dans les dix jours qui ont précédé l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements. L'art. 598 C. co. n'atteint certainement pas les actes passés dans cette période.

C'est seulement lorsque l'engagement de la femme s'est produit depuis la date de la cessation des paiements et avant le jugement déclaratif que la question s'agite. Mais si les art. 597 et 598 C. co. ont cette portée générale, s'ils atteignent tous les avantages à la charge de l'actif du failli, lorsqu'ils résultent de traités passés soit avec le débiteur, soit avec des tiers depuis la cessation de paiements et avant le jugement déclaratif, on ne comprend plus l'utilité des art. 446 et 447 C. co. On la comprend d'autant moins que la nullité des art. 446 et 447 est une nullité relative, ne peut être invoquée que par la masse, tandis que la nullité de l'art. 598 est une nullité absolue, peut être opposée par la masse comme par toute autre personne, même par le failli. Il faut donc que ces dispositions diverses aient une sphère d'application différente.

Nous ne pouvons pas entrer dans ce débat sans sortir de notre sujet ; il nous faut cependant indiquer comment ces textes peuvent se concilier. On pourrait dire simplement que les art. 446 et 447 C. co. se réfèrent aux actes antérieurs au jugement déclaratif de faillite, et les art. 597 et 598 aux actes ou conventions postérieurs à ce jugement, invoquer en ce

sens le texte même de la loi et la place des art. 597 et 598 dans un chapitre relatif aux crimes et délits commis dans les faillites. On justifierait sans peine cette distinction par des considérations juridiques et morales. Si cette interprétation était exacte, le cautionnement donné par la femme dans les conditions indiquées ci-dessus ne serait pas soumis à ces dispositions, parce qu'il est antérieur au jugement déclaratif (1).

Nous croyons pouvoir conclure de cette discussion que la femme est valablement engagée.

993. Est-ce à dire que l'efficacité de son recours sera assurée par l'hypothèque légale, et que la femme pourra se faire colloquer sur le prix des immeubles de son mari par préférence aux créanciers de la masse et au préjudice de ceux-ci? Est-ce à dire que le créancier garanti par le cautionnement de la femme jouira du même droit soit en vertu de l'art. 1166, soit en vertu de la subrogation qui lui aurait été consentie ?

Si au moment du cautionnement la femme avait d'autres créances contre son mari, l'efficacité de la subrogation ne peut être révoquée en doute ; le créancier subrogé sera colloqué à raison de ces créances au rang de l'hypothèque légale (2). La femme seule sera intéressée à la question de savoir si elle a une hypothèque légale à la date du cautionnement pour la sûreté de son recours.

Pour nous placer directement en face de la difficulté, supposons que la femme n'a pas de créance contre son mari, si ce n'est celle à laquelle a donné naissance le cautionnement, et qu'elle a subrogé le créancier dans son hypothèque légale. Celui-ci peut-il bénéficier de la subrogation et la femme de l'hypothèque légale?

La convention est valable ; la femme est devenue éventuellement créancière de son mari ; cette créance est née pendant

(1) Bordeaux, 1er déc. 1887, D., 88. 2. 185, S., 90. 2. 165. — Bordeaux, 29 fév. 1888, *J. G. Suppl.*, vo *Faillite*, 380, S., 89. 2. 125. — Req., 26 mars 1888, D., 89. 1. 258, S., 88. 1. 461. — Civ. cass., 17 avril 1905, *Gaz. des Trib.*, 14 sept. 1905. — Cpr. Lyon-Caen et Renault, VIII, 966 s. — Crim. rej., 17 nov. 1870, D., 70. 1. 377, S., 71. 1. 62. — Crim. rej., 10 fév. 1876, D., 76. 1. 406.

(2) Civ. cass., 27 avril 1881, D., 81. 1. 295, S., 81. 1. 303. — V. aussi Aix, 8 avril 1892, S., 92. 2. 145.

le mariage ; c'est incontestablement une créance de femme mariée. Donc elle est garantie par l'hypothèque légale. Cette solution résulte nécessairement des principes ; elle est consacrée, en thèse du moins, par la jurisprudence.

Cette règle toutefois ne comporte-t-elle pas exception lorsque la convention a eu lieu en fraude des droits de la masse des créanciers du débiteur depuis tombé en faillite ? La femme avait connaissance de l'état de cessation de paiements de son mari. Par son cautionnement elle a fait au créancier subrogé une situation exceptionnelle ; elle a été d'autant plus portée à consentir qu'elle ne court aucun risque, si l'hypothèque légale suffit pour assurer l'efficacité de son recours. Mais alors la masse éprouvera un préjudice et verra soustraire à son action une partie de l'actif immobilier du failli.

Par ce moyen, les parties auront échappé aux dispositions prohibitives de la loi. L'art. 446 C. co. annule toute constitution d'hypothèque conventionnelle faite pendant la période suspecte pour sûreté de dettes antérieurement contractées. Le créancier tourne la loi. Il obtient l'engagement de la femme. Celle-ci a un recours contre son mari. Ce recours est garanti par l'hypothèque légale. Le créancier aura le droit d'invoquer cette sûreté soit en vertu de l'art. 1166, soit en vertu de la subrogation. S'il en est ainsi, les droits de la masse seront compromis et le principe d'égalité violé. Il est nécessaire d'en assurer le respect. Comment atteindre ce résultat ? Il faudrait décider que l'hypothèque légale ne peut pas être exercée du chef de ce recours. La solution serait à la fois conforme aux intentions du législateur, honnête et morale. La loi l'autorise-t-elle ?

Il ne faut pas essayer de l'appuyer sur l'art. 446 C. co. Car ce texte n'annule que les hypothèques conventionnelles et judiciaires ; il doit être interprété restrictivement et ne saurait être étendu aux hypothèques légales. Or, dans l'espèce, la femme ou son créancier invoque une hypothèque légale [1].

[1] Alauzet, VI, 2516 ; Renouard, I, p. 352 ; Bravard et Demangeat, V, p. 242 à la note ; Thézard, 95 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 381 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 27, III, 4e éd. p. 223-224, 5e éd. p. 381-382 ; Guillouard, II, 781 ; L. et A. Mérignhac, 143. — V. les arrêts cités note 2 de la p. suiv.

C'est à l'aide de l'art. 447 C. co. que la doctrine (1) et la jurisprudence (2) repoussent la prétention de la femme et du créancier. Cet art. permet aux tribunaux d'annuler tous actes à titre onéreux passés par le débiteur après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif de faillite si, de la part de ceux qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation des paiements. Ce que la loi veut réprimer, c'est la fraude. Or, elle apparaît manifeste lorsque la femme du débiteur cautionne en connaissance de cause envers un tiers de mauvaise foi une dette antérieure. Par conséquent la nullité peut être prononcée, mais il faut pour cela que la femme et le créancier soient également de mauvaise foi. Si l'un ou l'autre était de bonne foi, l'art. 447 ne s'appliquerait pas. Bien plus, alors même que les parties ont eu connaissance de la cessation des paiements, il peut se faire que la femme n'ait pas eu l'intention de frauder la masse, qu'elle ait été guidée par l'espoir de fournir à son mari le moyen de relever ses affaires. Les magistrats tiendront compte des circonstances; suivant les cas, ils reconnaîtront ou ils refuseront à la femme ou au créancier subrogé le droit d'exercer l'hypothèque légale. La nullité n'atteint la convention que parce qu'elle a pour but de substituer une créance hypothécaire à une créance chirographaire; elle l'atteint seulement dans cette mesure; seule, l'inefficacité de l'hypothèque sera déclarée; le cautionnement continuera de produire tous ses effets.

(1) V. les autorités citées note précédente.

(2) La jurisprudence décide que le recours de la femme est garanti par l'hypothèque légale dans l'effet de laquelle elle peut subroger le créancier de son mari, pourvu qu'il n'y ait pas de fraude. — V. Angers, 21 janvier 1846, D., 46. 2. 83. — Req., 7 novembre 1848, D., 48. 1. 241, S., 49. 1. 122. — Civ. rej., 15 mai 1850, S., 50. 1. 609. — Colmar, 20 novembre 1855, S., 56. 2. 580. — Civ. rej., 25 juil. 1860, D., 60. 1. 330, S., 61. 1. 93. — Besançon, 10 avril 1865, D., 65. 2. 82. — Req., 9 décembre 1868, D., 69. 1. 5, S., 69. 1. 117. — Bourges, 1er avril 1870, D., 72. 2. 30, S., 71. 2. 72. — Bordeaux, 12 mai 1873, S., 73. 2. 220. — Lyon, 6 janvier 1876, S., 76. 2. 207. — Poitiers, 5 mai 1879, D., 79. 2. 165, S., 79. 2. 254. — Civ. cass., 27 avril 1881, D., 81. 1. 295, S., 81. 1. 393. — Poitiers, 20 avril 1885, D., 86. 2. 6 et sur pourvoi Req., 18 avril 1887, D., 87. 1. 155, S., 87. 1. 173. — Bordeaux, 10 mai 1899, D., 00. 2. 468. — Cpr. Req., 11 décembre 1876, D., 77. 1. 359, S., 77. 1. 406.

994. Cette justification nous laisse cependant quelques doutes. En effet, ce que l'art. 447 C. co. permet d'annuler, c'est l'acte passé par le débiteur lui-même. Le texte est aussi formel que possible. Par deux fois il affirme la volonté du législateur. Il nous parle des actes passés *par le débiteur,* il nous parle de la connaissance de la cessation des paiements par ceux qui ont *traité avec le débiteur.* Par conséquent il est nécessaire que l'acte ait été consenti par le débiteur lui-même, par le failli. Ainsi interprété (et il ne comporte qu'une interprétation restrictive), l'art. 447 C. co. se trouve en rapport parfait avec l'art. 446, qui prévoit exactement le même cas, et dont il est le complément. Les mêmes expressions ont dans les deux textes la même portée. Cette interprétation est d'autant plus satisfaisante que ces deux articles réglementent l'exercice de l'action paulienne en matière de faillite et que l'action paulienne ne s'attaque qu'aux actes accomplis par le débiteur et non aux actes consentis par un tiers sans que le débiteur y ait été partie [1]. Or, si cette observation est exacte, il est impossible d'appliquer l'art. 447 C. co. à l'acte par l'effet duquel une femme, en cautionnant une dette antérieure de son mari, acquiert le droit d'exercer de ce chef son hypothèque légale et subroge le créancier dans ce droit. Le débiteur n'y est pas partie; s'il y figure, c'est seulement pour autoriser sa femme.

En outre l'exercice du pouvoir que l'art. 447 C. co. accorde aux tribunaux n'est subordonné par la loi qu'à une seule condition : la connaissance par le tiers qui traite avec le débiteur de l'état de cessation de paiements de celui-ci. Pour étendre cette disposition à notre hypothèse, on est obligé d'en exiger une autre dont la loi ne parle pas et que l'équité oblige d'admettre; il faut en outre que la femme ait été de mauvaise foi. N'est-ce pas la preuve que cette théorie a été créée en dehors des dispositions de la loi, pour une hypothèse d'ailleurs qu'elle n'avait certainement pas prévue ?

Faisons enfin observer que l'application de l'art. 447 C. co.

[1] L. et A. Mérignhac, 145. — Cpr. Req., 16 nov. 1892, D., 93., 1. 68, S., 94. 1. 9. — V. *supra,* I, 25.

conduirait logiquement à l'annulation de l'acte tout entier, même du cautionnement donné par la femme. Nous ne voyons pas comment on peut le maintenir tout en ne frappant d'inefficacité que l'hypothèque légale qui cependant en est seulement l'accessoire et devrait, en raison, en suivre le sort.

On objecte cependant [1] que, si le traité n'a pas été directement passé avec le failli, il s'agit néanmoins d'une opération qui *suppose* son concours et qui *équivaut* à un acte fait par lui. Si le principe de l'interprétation restrictive ne permet pas d'appliquer l'art. 446 C. co. à cette hypothèse, il en est autrement de l'art. 447 C. co., dont la portée est générale.

L'objection, quoique très sérieuse, ne modifie pas notre conviction. L'autorisation du mari ne transforme pas l'acte consenti par la femme en un acte accompli par le mari. Or, l'art. 447 C. co. ne s'applique qu'aux actes émanés du débiteur. Sans doute, à la différence de l'art. 446 C. co., il s'applique à tous les actes émanés du débiteur; à ce point de vue, sa disposition est générale; mais il ne s'applique qu'à ceux-là et nous ne voyons pas comment on peut l'étendre à des actes qui tiennent leur valeur de la volonté de la femme.

C'est pourquoi nous estimons que l'art. 447 C. co. ne peut pas recevoir d'application. Il paraît impossible d'annuler, en vertu de ce texte, le cautionnement qui, considéré en lui-même et isolément, ne cause aucun préjudice à la masse; il paraît également impossible de refuser, en vertu du même texte, à la femme et au créancier le droit d'exercer l'hypothèque légale, conséquence *légale* et non conventionnelle de l'engagement contracté. Cette solution se fortifie enfin par cette considération déjà présentée qu'on ne peut pas séparer le recours de la femme et la sûreté qui en est l'accessoire nécessaire [2].

995. Si la femme et le créancier subrogé sont admis à exercer l'hypothèque légale, nous ne croyons pas cependant

[1] Lyon-Caen et Renault, VII, 381 *bis*.
[2] L. et A. Mérignhac, 142 à 149.

qu'ils puissent conserver, dans tous les cas, le bénéfice de cet exercice [1]. Il est des hypothèses où ils seront obligés de laisser dans la masse ou d'y rapporter les sommes à eux attribuées ou par eux touchées. C'est lorsque l'acte sera frauduleux et aura été consenti dans le but d'avantager l'un des créanciers au détriment des autres. Nous arrivons ainsi à la même solution que la jurisprudence ; mais dans l'impossibilité, où nous sommes tentés de nous croire, d'invoquer l'art. 447 C. co., nous cherchons une autre justification. Voici celle que nous proposons, après bien des hésitations. Le cautionnement a été autorisé par un mari qui connaissait l'état de ses affaires, il a été consenti par la femme en faveur d'un créancier et ni l'un ni l'autre n'ignorait la situation. L'acte a pour but d'assurer à un créancier son paiement intégral au préjudice de la masse et sans que la femme subisse aucune diminution de son propre patrimoine. Il tend à atteindre indirectement un résultat que la loi défend de poursuivre directement par une convention passée entre le débiteur et son créancier. Il est frauduleux et, partant, illicite. En conséquence, ceux qui y ont coopéré sont tenus de réparer le préjudice par eux causé. Ce préjudice souffert par la masse est la conséquence de la collocation obtenue en vertu de l'hypothèque légale. Ni la femme, ni le créancier ne pourront en conserver le bénéfice ; ils devront le laisser ou le rétablir dans l'actif de la faillite.

On objecte cependant qu'il est difficile de permettre aux créanciers d'invoquer l'art. 1382 en dehors des cas où il y a eu une fraude caractérisée et on refuse d'admettre qu'il y ait une obligation stricte pour les créanciers de ne rien faire qui puisse leur procurer une situation meilleure [2].

Nous estimons au contraire que l'art. 1382 embrasse dans sa généralité tous les actes illicites et qu'un acte est illicite du moment où l'on se propose la réalisation d'un résultat que la loi défend d'atteindre directement. Or il est évident, à ce point de vue, que tout acte tendant à rompre au profit d'un

[1] V. cep. L. et A. Mérignhac, 149, qui regrettent cette lacune législative.
[2] Lyon-Caen et Renault, VII, 381 *bis*.

créancier et au détriment de la masse, l'égalité qui est le principe en matière de faillite, est contraire aux intentions les plus certaines du législateur. S'il y avait eu une fraude caractérisée, est-ce bien seulement l'art. 1382 qu'il y aurait lieu d'appliquer, ne seraient-ce pas plutôt les art. 597 et 598 C. co., pourvu d'ailleurs que les circonstances et en particulier la date de la convention le permissent [1]?

995 I. La justification que nous proposons a l'avantage de donner sans peine la solution d'une difficulté qui, dans l'autre système, est extrêmement délicate. On peut supposer que la femme ignorait, au moment où elle s'est engagée, l'état de cessation de paiements de son mari, que le créancier envers lequel elle s'est portée caution en avait connaissance et qu'il a cherché dans la convention le moyen d'obtenir un paiement intégral. Dans la théorie de la jurisprudence, la femme valablement engagée pourra être poursuivie; elle aura le droit d'exercer son hypothèque légale; on ne pourra pas invoquer contre elle l'art. 447 C. co.; elle sera colloquée au rang de son hypothèque légale, l'actif de la faillite sera diminué d'autant [2], la mauvaise foi du créancier restera triomphante. C'est injuste; il faut, à tout prix, prévenir un pareil résultat. Dans la théorie de la jurisprudence, nous n'apercevons qu'un seul moyen de déjouer cette fraude; mais il ne nous satisfait pas. Ce serait de reconnaître à la femme le droit d'attaquer le cautionnement pour cause d'erreur. Ce ne serait qu'un expédient; nous le croyons mauvais. L'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle porte sur la substance de la chose. Peut-on soutenir, avec quelque apparence de raison, que l'ignorance de la cessation de paiements est une erreur sur la substance? Nous ne le pensons pas. Dira-t-on que l'erreur sur la personne est aussi une cause de nullité, lorsque la considération de cette personne a été la cause principale de la convention? Nous n'apercevons aucune erreur sur l'identité des personnes. Prétendra-t-on que la solvabilité du mari a été pour la femme la considération déterminante de son

[1] Cpr. Thaller, 1628 et p. 899 note 1.
[2] Cpr. Req., 9 déc. 1868, D., 69. 1. 5, S., 69. 1. 117.

engagement ? Rien n'implique un pareil motif. S'il est ainsi impossible de faire annuler l'engagement de la femme, le créancier recevra et conservera le prix de sa mauvaise foi. Nous nous refusons à l'admettre et la théorie que nous présentons empêche qu'il en soit ainsi. Le créancier a commis une fraude ; il s'est rendu coupable d'un acte illicite ; il doit la réparation du préjudice causé. Il sera donc contraint à remettre dans la masse une somme égale à celle que la femme y aura prise en vertu de son hypothèque légale, déduction faite peut-être du dividende auquel il aurait pu prétendre dans la faillite.

996. L'hypothèque légale garantit, comme nous l'avons déjà dit, toutes les créances que la femme mariée acquiert, en cette qualité, contre son mari, quoiqu'elles ne figurent pas dans l'énumération de l'art. **2135**. Au premier rang, on cite les frais avancés pour obtenir l'autorisation de justice si le mari refuse d'autoriser sa femme (1) pour une demande en séparation de biens, les frais de l'instance en séparation de biens (2), les dépenses nécessaires pour assurer la conservation et la liquidation des droits et reprises de la femme (3). Nous avons décidé qu'il en était de même pour les frais d'une demande en séparation de corps ou en divorce (4).

En vertu de ce principe, la femme mariée sous le régime dotal a hypothèque pour les créances relatives à ses biens paraphernaux, capital et intérêts ou revenus (5), aussi bien

(1) Pont, I, 439 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 218, 5e éd. p. 372 ; Thézard, 96 ; Laurent, XXX, 361 ; Guillouard, II, 715. — Agen, 15 nov. 1847, D., 48. 2. 29, S., 48. 2. 681.

(2) Grenier, I, 231 ; Troplong, II, 418 *ter* ; Pont, I, 439 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 218, 5e éd. p. 372 ; Laurent, XXX, 362 ; Guillouard, II, 783. — Riom, 5 fév. 1821, S., 23. 2. 23. — Paris, 28 déc. 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII. 2. 144. — Douai, 1er avril 1826, S., 27. 2. 39. — Civ. cass., 4 fév. 1868, D., 68. 1. 57, S., 68. 1. 113. — Chambéry, 1er mai 1874, D. (sous Req., 3 fév. 1875), 75. 1. 486, S., 75. 2. 257. — Civ. cass., 10 fév. 1892, D., 92. 1. 118. — Civ. cass., 24 nov. 1903, S., 05. 1. 145.

(3) Pont, I, 439 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 218, 5e éd. p. 372 ; Laurent, XXX, 361 ; Guillouard, II, 783.

(4) *Supra*, II, 981.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 4, n. 2 ; v° *Inscr. hyp.*, § 3, n. 9 ; Battur, II, 358 ; Troplong, II, 410 s. ; Valette, 136 ; Pont, I, 439 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 13, III, 4e éd. p. 218, 5e éd. p. 373 ; Colmet de Santerre,

que pour les créances relatives à ses biens dotaux. Le paiement du solde du compte à elle dû par le mari chargé par un mandat exprès ou tacite de l'administration de ses biens paraphernaux est assuré par cette garantie [1].

997. La faveur de l'hypothèque légale n'est pas exclusivement attachée à la personne de la femme ; elle passe à ses héritiers avec les créances qu'elle garantit.

Toutefois, les héritiers de la femme pourraient perdre le bénéfice de son hypothèque légale par suite d'une novation survenue dans la créance qui leur a été transmise. C'est ce qui arriverait dans l'espèce suivante. Une femme, qui a légué à son mari l'usufruit de tous ses biens, vient à décéder sans laisser d'héritiers réservataires ; une liquidation a lieu entre le mari survivant et les héritiers de la femme prédécédée, et cette liquidation fixe le chiffre des reprises de la femme à la somme de 100.000 fr. L'hypothèque légale est incontestablement attachée à cette créance. Mais voilà que les parties conviennent que le mari conservera ces 100.000 fr. à titre d'usufruitier, en exécution du testament de la femme. Il y a novation dans la créance des héritiers de la femme : ce n'est plus comme mari que l'époux survivant doit les 100.000 fr., c'est comme usufruitier. La situation est la même que si les héritiers avaient reçu le paiement des reprises de la femme, et avaient immédiatement restitué au mari la somme par lui payée, pour qu'il pût en jouir comme usufruitier. Nous sommes en présence d'une novation par changement de *cause*

IX, 105 *bis*-VIII ; Laurent, XXX, 349 ; Guillouard, II, 782 ; Lepinois, III, 1368. — Civ. cass., 11 juin 1822, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 881-2°, S., 22. 1. 379. — Lyon, 16 août 1823, *J. G.*, eod. loc., S., 24. 2. 63. — Req., 6 juin 1826, *J. G.*, eod. loc., S., 26. 1. 461. — Civ. cass., 28 juill. 1828, *J. G.*, eod. loc., S., 28. 1. 297. — Civ. cass., 5 déc. 1832, *J. G.*, eod. loc., S., 33. 1. 113. — Grenoble, 30 mai 1834, *J. G.*, eod. loc., S., 34. 2. 478. — Req., 9 août 1852, D., 53. 1. 155, S., 53. 1. 197. — Cpr. cep. Grenier, I, 232 ; Planel, *Note* dans S., 19. 2. 89. — Grenoble, 18 juill. 1814, S., 18. 2. 294. — *Contra* Delvincourt, III, p. 330.

[1] Troplong, II, 410 ; Sériziat, *Du rég. dot.*, 353 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 14, III, 4e éd. p. 218, 5e éd. p. 373 ; Laurent, XXX, 339 ; Guillouard, II, 759 ; Huc, XIII, 177 ; Beudant, II, 599. — Montpellier, 27 avril 1846, D., 47. 2. 70, S., 47. 2. 459. — Paris, 9 fév. 1856, D., 56. 2. 95. — Civ. cass., 4 fév. 1868, D., 68. 1. 57, S., 68. 1. 113. — Paris, 7 juill. 1874, D., 76. 2. 65. — Civ. cass., 31 mars 1879, D., 79. 1. 425. — Montpellier, 20 juin 1891 et sur pourvoi Req., 1er mai 1893, D., 94. 1. 57, S., 94. 1. 281.

dans la dette ; or la novation éteint les privilèges et hypothèques attachés à la créance (art. 1278). L'hypothèque légale qui garantissait la dette du mari ne garantira donc plus celle de l'usufruitier, à moins peut-être que les parties n'aient fait la réserve expresse de l'hypothèque, comme le leur permet l'art. 1278 (1).

Il n'y aurait plus novation, et par suite l'hypothèque légale de la femme ne serait pas éteinte, si le mari, légataire en usufruit des biens de sa femme avec dispense de demander la délivrance et de fournir caution, demeurait en possession des biens de sa femme après le décès de celle-ci, sans qu'aucune liquidation eût déterminé le montant des droits de cette dernière (2).

III. *Biens grevés de l'hypothèque légale.*

998. « *Le créancier qui a une hypothèque légale peut exer-* » *cer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débi-* » *teur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite,* » *sous les modifications qui seront ci-après exprimées* » (art. 2122 (3).

(1) V. à ce sujet, Pont, I, 441 : Eyssautier, *Journ. de Grenoble et de Chambéry*, 1866, p. 383 à la note ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 83, III, 4e éd. p. 247, 5e éd. p. 414-415 ; Laurent, XXXI, 864 s. ; Thézard, *Rev. crit.*, 1888, *Nouv. sér.*, XVII, p. 210 s. ; Guillouard, II, 788, 860 ; Planiol, II, 3389. — Grenoble, 28 déc. 1833, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 888-1°, S., 34. 2. 297 et sur pourvoi Req., 3 déc. 1834, *J. G.*, eod. loc., S., 35. 1. 51. — Paris, 15 janv. 1836, *J. G.*, eod. loc., S., 36. 2. 158. — Civ. cass., 15 nov. 1837, *J. G.*, eod. loc., 2°, S., 38. 1. 124. — Paris, 9 mars 1844, cité *J. G.*, eod. loc., S., 44. 2. 497. — Douai, 4 mai 1846, D., 46. 2. 154, S., 46. 2. 470. — Grenoble, 4 janv. 1854, D., 54. 2. 137, S., 54. 2. 741. — Bourges, 6 mars 1855, D., 55. 2. 300, S., 55. 2. 343. — Req., 27 nov. 1855, D., 56. 1. 25, S., 56. 1. 534. — Trib. civ. Thiers, 10 avril 1856, D., 56. 3. 30. — Paris, 7 avril 1858, D., 81. 2. 21, à la note, S., 58. 2. 521. — Civ. cass., 27 juin 1876, D., 77. 1. 121, S., 77. 1. 241. — Toulouse, 14 fév. 1879, D., 80. 2. 12, S., 80. 2. 51. — Limoges, 28 fév. 1879, D., 80. 2. 126, S., 80. 2. 52. — Lyon, 1er déc. 1880, D., 81. 2. 21. — Req., 15 nov. 1886, D., 87. 1. 499. — Trib. civ. de Boulogne-sur-Mer, 13 juin 1890, D., 92. 1. 6. — Civ. cass., 9 déc. 1891, D., 92. 1. 68, S., 92. 1. 59. — V. une application de ces principes dans un jugement du Trib. civ. d'Orange, du 12 juill. 1890, D., 93. 2. 276.

(2) Pont, I, 441. — Caen, 18 juin 1879, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1149, S., 80. 2. 201. — Lyon, 1er déc. 1880, D., 81. 2. 21. — Agen, 22 janv. 1899, D., 00. 2. 351.

(3) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 49-51, 64 s. — Italie, *C. civ.*, art. 1969-4° et

Les hypothèques légales auxquelles se réfère cette disposition sont les hypothèques légales de l'art. 2121, c'est-à-dire celles des mineurs, des interdits, des femmes mariées, des communes et établissements publics. Elles sont générales de leur nature (1). L'hypothèque légale de l'Etat a été spécialisée par la loi du 5 septembre 1807 et ne porte que sur les immeubles des comptables qui ne sont pas grevés du privilège (2).

Remarquons cependant que ces hypothèques n'atteignent pas, malgré leur généralité, les navires appartenant au débiteur (L. 10 juillet 1885, art. 1).

L'art. 2122 établit une antithèse entre les hypothèques légales de l'art. 2121, qui sont générales, et les hypothèques conventionnelles, qui sont spéciales.

Pourquoi cette différence? Elle tient à ce que le montant des créances garanties par l'hypothèque conventionnelle est presque toujours déterminé; dans les cas assez rares où il ne l'est pas, les parties peuvent sans peine évaluer la créance; il devient ainsi facile de proportionner exactement l'importance du gage hypothécaire au chiffre de la créance : une convention librement discutée entre le créancier et le débiteur déterminera les immeubles affectés à l'hypothèque. Au contraire, le montant des créances garanties par l'hypothèque légale est presque toujours plus ou moins indéterminé. Comment connaître, à l'ouverture d'une tutelle, le chiffre des sommes dont le tuteur se trouvera débiteur envers le mineur par son compte de tutelle? Comment connaître, lors de l'entrée en fonctions d'un comptable, l'étendue des créances qu'il y aura lieu d'exercer contre ce comptable, à raison des faits relatifs à sa gestion? Enfin, en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée, s'il y a certaines créances garanties par cette hypothèque dont le montant est connu lors de la célébration

al. 2, 2026-2027. — Monaco, *C. civ.*, art. 1960. — Espagne, *C. civ.*, art. 1875, § 2. — Portugal, *C. civ.*, art. 909, — Tessin, *C. civ.*, art. 858. — Soleure, *C. civ.*, art. 952. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1768. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 19. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2025-2026. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3288. — Haïti, *C. civ.*, art. 1889. — Guatémala, *C. civ*, art. 2043.

(1) Req., 16 avril 1889, D., 90. 1. 181, S., 92. 1. 339.

(2) *Supra*, I, 668, 670.

du mariage, comme la dot par exemple, n'en existe-t-il pas d'autres qui sont éventuelles et indéterminées, par exemple les créances résultant des successions ou des donations qui pourront échoir à la femme pendant le cours du mariage, ou des fautes commises par le mari dans la gestion des biens personnels de la femme? Il est donc impossible de déterminer avec précision, lors de la naissance d'une de ces hypothèques légales, l'étendue des créances qu'elle garantira, et c'est pour cela que l'hypothèque grève l'entier patrimoine immobilier du débiteur.

999. La généralité des hypothèques légales apporte de graves entraves à la libre circulation des immeubles, elle atteint dans leur crédit ceux dont ces garanties frappent les biens. Les tiers hésiteront avant d'acquérir des immeubles ainsi affectés du droit de suite. C'est en se plaçant à ce point de vue qu'on a vivement critiqué sinon l'existence, du moins l'organisation de ces hypothèques. Le législateur belge a tenu compte de ces critiques. Par les art. 49, 64 et 65 de la loi du 16 décembre 1851, il ordonne de spécialiser l'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées et de déterminer les immeubles grevés. La loi a prévu le cas où l'hypothèque légale de la femme mariée n'aurait pas été spécialisée par le contrat de mariage. Elle confie alors au président du tribunal le soin de déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'inscription pourra être requise (art. 66). Malgré le silence de la loi sur ce point, il semble naturel de lui conférer le droit de désigner les immeubles grevés [1]. Nous ne pouvons pas entrer ici dans des développements plus étendus sur la législation belge.

Du reste les inconvénients que présente la généralité de l'hypothèque légale de la femme mariée sont atténués par la pratique des cessions et subrogations à l'hypothèque légale. Ils le sont aussi par les restrictions ou les réductions que peut subir cette garantie et enfin par les règles particulières édictées en matière de faillite.

1000. L'hypothèque légale atteint non seulement les

[1] Laurent, XXX, 399; Lepinois, 1409.

immeubles *présents* du débiteur, c'est-à-dire ceux qui lui appartiennent à l'époque où l'hypothèque légale prend naissance, mais aussi ses immeubles *à venir*, c'est-à-dire ceux qui lui adviendront ultérieurement, à quelque titre que ce soit ; car la loi ne distingue pas.

L'hypothèque légale de la femme mariée atteint les immeubles présents du mari, ceux qui lui appartiennent au jour de la célébration du mariage, ceux que le mari avait aliénés avant le mariage, sous une condition résolutoire qui s'est réalisée à son profit (1). Sous le Code elle n'atteignait pas les immeubles antérieurement aliénés, pourvu que l'aliénation fût constatée par un acte ayant acquis date certaine. Depuis la loi du 23 mars 1855, il paraît logique de soumettre à l'hypothèque, bien que cette solution blesse l'équité, les immeubles aliénés si l'acte d'aliénation n'a pas été transcrit avant le mariage (2). Si, à cette époque, le mari est appelé à recueillir une succession comprenant des immeubles, ces biens seront frappés de l'hypothèque légale, sous la réserve toutefois de l'application de l'art. 883 (3). Si le mari fait partie d'une société dont l'actif comprend des immeubles et si cette société constitue une personne morale, le mari n'est pas actuellement copropriétaire des biens sociaux ; l'hypothèque légale ne pourra pas les frapper (4).

Elle frappe les immeubles que le mari peut acquérir pen-

(1) V. pour le cas où des immeubles auraient été aliénés avant le mariage sous faculté de réméré, Troplong, II, 434 *bis*; Pont, I, 516 ; Aubry et Rau, § 264, texte et note 8, III, 4e éd. p. 202, 5e éd. p. 349-350 ; Guillouard, II, 699. — Cpr. Req., 21 déc. 1825, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1199, S., 26. 1. 275.

(2) On décide en effet que les créanciers investis d'une hypothèque légale peuvent opposer le défaut de transcription. V. notamment Aubry et Rau, § 209, II, 4e éd. p. 307, 5e éd. p. 458. — Rapp. ce que nous disons au sujet de l'hypothèque judiciaire *infra*, II, 1268-1269.

(3) Thiry, *Rev. crit.*, 1854, V, p. 414 ; Planiol, II, 2751 et les auteurs cités sur la question suivante. — Metz, 31 déc. 1867, D., 68. 2. 145, S., 69. 2. 5.

(4) Troplong, II, 434 et *Des sociétés*, 860 ; Persil, *Quest.*, I, p. 240 ; Tessier, *De la dot*, II, 137 ; Massé, IV, 3000 ; Pont, I, 512 ; Aubry et Rau, § 264, note 2 *ter*, III, 5e éd. p. 347-348 ; Guillouard, II, 808. — V. notamment Req., 29 mai 1865, D., 65. 1. 380, S., 65. 1. 325. — Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113. — Nancy, 19 fév. 1881, S., 82. 2. 161. — Cpr. Req., 23 fév. 1891, D., 91. 1. 337, S., 92. 1. 73.

dant la durée du mariage, soit à titre onéreux, notamment par voie d'échange [1], soit à titre gratuit.

L'hypothèque légale atteint même, suivant l'opinion générale [2], les immeubles qui adviennent au débiteur à une époque où il a perdu la qualité à raison de laquelle il était grevé de l'hypothèque légale, c'est-à-dire les immeubles advenus au mari après la dissolution du mariage, au tuteur après la cessation de la tutelle et au comptable quand il n'est plus investi de sa fonction. La loi dit, en effet, dans les termes les plus généraux, que l'hypothèque porte sur tous les immeubles qui pourront appartenir au débiteur dans la suite (art. **2122**).

On objecte que l'art. **2121** établit l'hypothèque légale sur les biens du *mari*, du *tuteur*, du *comptable;* or, dit-on, les immeubles, qui adviennent au mari après la dissolution du mariage, au tuteur après la cessation de la tutelle, au comptable après qu'il a été relevé de ses fonctions, ne sont pas les immeubles d'un mari, d'un tuteur ou d'un comptable; donc, conclut-on, ils ne sont pas grevés de l'hypothèque légale.

On a fort bien répondu que, dans le langage de la loi comme dans celui du monde, les expressions le *mari*, le *tuteur*, le *comptable*, sont fréquemment employées pour désigner l'ex-mari, l'ex-tuteur, l'ex-comptable. (V. art. **471** s., art. **1571**).

1001. Si l'acquisition faite par le mari était subordonnée à une condition suspensive ou résolutoire, l'hypothèque de la

[1] Troplong, II, 434 *bis;* Pont, I, 515; Aubry et Rau, § 264, III, 4e éd. p. 201, 5e éd. p. 348; Guillouard, II, 696; Surville, II, 625. — Civ. rej., 9 nov. 1815 (*J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1746, S., 16. 1. 151. — Riom, 6 déc. 1848, D., 49. 2. 140, S., 49. 2. 147. — Bourges, 30 juill. 1853, D., 56. 2. 205, S., 55. 2. 286. — Toulouse, 13 fév. 1858, D., 58. 2. 156, S. sous Cass., 28 août 1860, 61. 1. 67. — *Contra* Grenier, I, 106.

[2] *Sic* pour l'hypothèque légale soit de la femme, soit du mineur : de Fréminville, II, 1148; Cubain, *tr. des femmes*, 527; Demolombe, *Minor.*, II, 30 s.; Pont, I, 509; Valette, 137; Boileux, sur l'art. 2122, p. 366, note; Aubry et Rau, § 264, texte et note 3, III, 4e éd. p. 201, 5e éd. p. 348, § 264 *ter*, note 27 *bis*, III, 5e éd. p. 382; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 155, § 794, note 1; Guillouard, II, 695 et 790; Beudant, II, 684, 695; Planiol, II, 2749, 2824 *bis*. — Req., 17 juill. 1844, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 879, S., 44. 1. 641. — Lyon, 23 nov. 1850, D., 51. 2. 241, S., 51. 2. 87. — Lyon, 3 juill. 1867 (sous Cass.), D., 69. 1. 276, S., 69. 1. 345. — Cpr. Duranton, XIX, 327. Tout en admettant le principe cet auteur subordonne cependant, dans ce cas, l'efficacité de l'hypothèque à la condition d'une inscription (Rapp. L. 23 mars 1855, art. 8).

femme serait affectée de la même modalité (arg. art. 2125) [1]. L'art. 963 renferme une application de ce principe.

Il comporte deux exceptions en matière de condition résolutoire :

1° La première est écrite dans l'art. 952. La loi prévoit le cas où le donateur a stipulé que l'immeuble donné lui fera retour en cas de précédès du donataire seul ou du donataire et de sa postérité. Cette clause constitue une condition résolutoire ; lorsqu'elle s'accomplit, l'immeuble devrait revenir au donateur franc et quitte de toute hypothèque du chef du donataire. Après avoir consacré ce principe, l'art. 952 y apporte une dérogation. C'est lorsque la donation a été faite au mari par contrat de mariage. La loi présume qu'elle a eu pour but de favoriser le mariage ; elle en conclut que le donateur a eu l'intention d'ajouter la garantie de l'immeuble donné aux autres garanties offertes à la femme, qu'il a entendu renoncer à se prévaloir de la clause de retour au préjudice de celle-ci. Il n'y a là qu'une interprétation de volonté, elle cèderait devant une manifestation de volonté contraire. Poursuivant son œuvre, la loi décide que l'immeuble donné sera affecté seulement à la garantie de la dot et des conventions matrimoniales et non des autres créances de la femme contre le mari. Les renonciations s'interprètent de la manière la plus restrictive. Enfin l'immeuble donné n'est affecté que subsidiairement. La femme ne pourrait en poursuivre l'expropriation qu'après avoir discuté les autres biens du mari [2].

2° La seconde exception résulte de l'art. 1054. Des biens ont été donnés ou légués à un mari sous la charge d'une substitution, dans une des hypothèses où la loi autorise une pareille libéralité. Lorsque l'événement auquel est subordonnée la restitution s'accomplit, l'immeuble devrait parvenir à l'appelé franc et quitte de toute charge ou hypothèque

[1] Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 224, 5e éd. p. 383; Guillouard, II, 792; Huc, XIII, 191. — Agen, 1er mars 1893, D., 95. 2. 369. — V. une application de ce principe en matière d'échange, Toulouse, 13 févr. 1858, D., 58. 2. 156. — A l'inverse, l'immeuble recouvré par le mari à la suite de l'annulation de l'échange est grevé de l'hypothèque légale, quoique la femme ait concouru à l'acte d'échange, Bordeaux, 27 janv. 1891, D., 92. 2. 464.

[2] Baudry-Lacantinerie et M. Colin, I, 1516, 1520 s.

du chef du grevé. L'hypothèque légale de la femme de celui-ci ne devrait donc pas l'atteindre. La loi permet au donateur ou au testateur d'ordonner qu'il en soit autrement; mais elle exige une manifestation certaine de volonté. Même dans ce as, l'immeuble ne garantira que la restitution du capital des deniers dotaux, et, comme dans l'hypothèse précédente, il ne sera affecté que subsidiairement et en cas d'insuffisance des autres biens grevés [1].

1002. Mais si l'hypothèque légale grève tous les immeubles du débiteur sans distinction, elle ne grève pas les immeubles de ses héritiers; car ils ne succèdent pas à la qualité qui est la cause de l'hypothèque légale [2]. Il est donc encore vrai de dire avec Loysel : « Générale hypothèque de tous les biens comprend les biens présents et à venir et non ceux des hoirs » [3]. La solution contraire aurait eu pour résultat une extension effrayante des hypothèques légales.

Ainsi les héritiers du mari qui ont accepté la succession de celui-ci purement et simplement sont tenus personnellement sur tous leurs biens du paiement des créances de la femme ; ils en sont tenus hypothécairement sur les immeubles héréditaires, mais ils n'en sont pas tenus hypothécairement sur leurs immeubles personnels.

1003. D'ailleurs, après la mort de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit, le bénéfice de l'hypothèque légale qui leur appartenait passe à leurs héritiers avec les créances dont cette hypothèque était un accessoire [4].

1004. Tout immeuble qui entre dans le patrimoine du mari est immédiatement atteint par l'hypothèque légale ; mais tout immeuble qui sort de ce même patrimoine par une aliénation n'est pas pour cela affranchi de l'hypothèque; car l'hypothèque légale, comme les autres, est armée du droit de

(1) Baudry-Lacantinerie et M. Colin, II, 3384 à 3389.

(2) Demolombe, *Minor*, II, 33; Valette, 133; Aubry et Rau, § 264, III, 4e éd. p. 201, 5e éd. p. 348-349, § 264 *ter*, note 27 *bis*, III, 5e éd. p. 382; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-IV; Guillouard, II, 697, 791; Huc, XIII, 189; Beudant, II, 685; Planiol, II, 2749; Surville, II, 625. — Cpr. Agen, 15 janv. 1826, S., 26. 2. 129. — Cpr. cep. art. 27 et 28, L. 9 messidor an III.

(3) Loysel, *Instit. cout.*, liv. III, tit. VII, § 21.

(4) *Supra*, II, 997.

suite qui permet au créancier de suivre son gage entre les mains du détenteur quel qu'il soit. Cette simple observation fournit la solution d'une question qu'on s'étonne de ne pas voir résolue d'une manière uniforme par tous les auteurs. Un mari échange un immeuble qui lui appartient contre un autre ; l'immeuble qu'il acquiert en contre-échange est atteint par l'hypothèque légale (art. 2122) et celui qu'il a donné en échange n'en est pas affranchi entre les mains de l'acquéreur, à moins cependant que celui-ci n'ait rempli les formalités de la purge. Un résultat analogue se produirait si un mari, après avoir vendu un immeuble, en achetait un autre avec le prix provenant de la vente (1).

On admet cependant que l'immeuble aliéné ne saurait être affecté au paiement des créances de la femme qui n'existaient pas encore à l'époque de l'aliénation.

Il faut aussi réserver dans ce cas à l'échangiste évincé le droit d'agir en résolution du contrat (2).

1005. Reste une question fort grave. L'hypothèque légale de la femme mariée porte-t-elle sur les conquêts de la communauté ?

Quelques auteurs (3) ont soutenu que les conquêts de la communauté sont, quoi qu'il arrive, affranchis de l'hypothèque légale de la femme. On dit en ce sens que l'art. 2121, dont la disposition comporte évidemment l'interprétation restrictive, ne fait porter l'hypothèque légale de la femme que sur les biens *du mari*, non sur ceux de la communauté. On fait

(1) Denizart, v° *Echange*, n. 7 ; Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. III, tit. I, sect. 1, n. 12 ; Troplong, II, 434 *bis* ; Pont, I, 515 ; Aubry et Rau, § 264, III, 4e éd. p. 201, 5e éd. p. 348 ; Guillouard, II, 696, 807 ; Huc, XIII, 190. — Req., 9 nov. 1815, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1746, S., 16. 1. 151. — Riom, 6 déc. 1848, D., 49. 2. 140, S., 49. 2. 147. — Bourges, 30 juil. 1853, D., 56. 2. 205, S., 55. 2 586. — Toulouse, 13 fév. 1858, D., 58. 2. 156. — Req., 11 fév. 1867, D., 67. 1. 465, S., 67. 1. 111. — *Contra* Grenier, I, 106. — Cpr. Req., 18 nov. 1828, *J. G.*, eod. v°, 1746.

(2) Civ. cass., 28 août 1860, D., 60. 1. 354, S., 61. 1. 67. — Cpr. pour les effets de l'annulation d'un acte d'échange auquel la femme avait concouru, Bordeaux, 27 janv. 1891, D., 92. 2. 464.

(3) Persil, I, sur l'art. 2121, X et *Quest.*, I, p. 233; Delvincourt, III, p. 165; Cubain, *Droits des femmes*, 528; Valette, p. 258; Labbé, *Note* dans S., 76. 1. 241. — V. dans le même sens un arrêt de la cour de Paris de 1867 dans la *Rev. crit.*, 1868, XXXIII, p. 482.

observer que la loi n'a jamais confondu les biens du mari et les biens de la communauté ; même dans le cas de renonciation elle les distingue, l'art. 1495 al. 1 le prouve d'une façon péremptoire. On ajoute enfin que la renonciation de la femme ne peut pas rétroactivement anéantir le fait de l'existence de la communauté. L'aliénation, l'hypothèque des biens communs sont des actes consentis par le mari au nom de la communauté existant entre lui et sa femme ; celle-ci a donc été légalement représentée dans tous les actes relatifs aux biens communs ; si sa renonciation la libère de toute obligation personnelle, elle n'empêche pas que le mari ait eu en fait le pouvoir de disposer des biens communs à titre onéreux. L'exercice de l'hypothèque légale sur les biens de communauté au préjudice des tiers acquéreurs ou des créanciers hypothécaires serait incompatible avec un pareil pouvoir. C'est pourquoi on dénie ce droit à la femme.

Cette théorie n'a pas triomphé et ne devait pas triompher. Elle ne satisfait pas la raison. D'une part, on ne comprend pas comment la femme renonçante est à la fois libérée de toute obligation commune, et privée du droit d'exercer son hypothèque légale au préjudice des tiers acquéreurs de biens communs et des créanciers hypothécaires de la communauté. Si elle a été représentée par son mari dans ces derniers actes, comment et pourquoi ne l'aurait-elle pas été dans les obligations contractées par son mari à la charge de la communauté ? Comment serait-elle admise à opposer son hypothèque légale aux créanciers chirographaires de la communauté, alors qu'elle ne le pourrait ni aux acquéreurs d'immeubles de la communauté, ni aux créanciers ayant hypothèque sur les mêmes biens ? Ne voit-on pas qu'on crée une situation déplorable à la femme que le législateur a voulu protéger ? Les créanciers du mari peuvent acquérir une hypothèque conventionnelle sur les acquêts. La femme, que la loi entoure de ses faveurs, à laquelle elle accorde une hypothèque légale, serait dans une situation moins bonne, n'aurait pas d'hypothèque sur ces biens. Il est vrai que dans l'art. 1495 la loi parle distinctement des biens de la communauté et des biens personnels du mari. Mais c'est pour les soumettre à la même règle, c'est

pour dire que la femme renonçante exercera ses actions et reprises sur les uns et sur les autres. N'est-il pas logique d'en conclure qu'elle a sur tous les mêmes droits et qu'elle jouit sur les biens de la communauté de la même cause de préférence que sur les biens personnels de son mari ?

Les conquêts sont donc, en principe, grevés de l'hypothèque légale de la femme (1). La loi du 13 février 1889 suppose cette solution en prévoyant le cas où la femme renonce à son hypothèque en faveur de l'acquéreur d'un immeuble de la communauté.

1006. Mais le parti que la femme prendra à la dissolution de la communauté exercera son influence sur l'efficacité de cette hypothèque.

Si la femme renonce à la communauté, elle est censée n'avoir jamais été commune en biens ; par conséquent les conquêts doivent être considérés comme ayant toujours été la propriété du mari depuis le jour de leur acquisition par la communauté (2). La femme peut donc exercer sur eux son hypothèque légale dans toute sa plénitude.

Elle peut l'exercer à l'encontre des créanciers chirographaires et hypothécaires du mari, sur les immeubles qui étaient communs au jour de la dissolution de la communauté et qui, par l'effet de sa renonciation, sont demeurés la propriété exclusive de son mari ; elle peut l'exercer sur les conquêts aliénés valablement par le mari pendant la communauté et se prévaloir, à l'égard des tiers acquéreurs, du

(1) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 29, III, 4e éd. p. 225, 5e éd. p. 383; de Loynes sur Tessier, *Société d'acquêts*, 8, note 37 ; Lepinois, III, 1392; Beudant, II, 686 à 693; Planiol, II, 2826; Surville, II, 625. — Rouen, 11 mars 1846, D., 46. 2. 182, S., 46. 2. 503. — Req., 16 nov. 1847, D., 48. 1. 46, S., 48. 1. 25. — Colmar, 1er mars 1855, D., 57. 2. 37, S., 56. 2. 577. — Bordeaux, 28 juin 1870, D., 71, 2. 99, S., 70. 2. 326. — V. aussi en sens divers les auteurs et arrêts cités aux notes suivantes.

(2) Nous supposons que la communauté n'est pas une personne morale. Cette théorie ne subira-t-elle pas le contre-coup de la jurisprudence (Req., 23 fév. 1891, D., 91. 1. 337, S., 92. 1. 73; Req., 2 mars 1892, D., 93. 1. 169, S., 92. 1. 497) qui reconnaît la personnalité morale des sociétés civiles ? Nous nous contentons de poser la question parce qu'elle est étrangère à notre sujet. — V. sur cette question Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, 249.

droit de suite attaché à son hypothèque légale [1]. Toutefois, deux conditions sont nécessaires.

Il faut d'abord qu'à raison du rang de son hypothèque la femme soit préférable au créancier hypothécaire ou à l'acquéreur qu'elle veut évincer. Il faut ensuite qu'elle n'ait pas concouru à la constitution d'hypothèque ou à l'aliénation; autrement elle pourrait, sous des conditions que nous déterminerons [2], être considérée comme ayant tacitement renoncé à son hypothèque légale au profit du créancier hypothécaire ou de l'acquéreur.

On objecte contre cette solution que la fiction, d'après laquelle la femme renonçante est censée n'avoir jamais été commune en biens, n'est écrite dans aucun texte; donc, dit-on, cette fiction et les conséquences qu'elle entraîne ne doivent

[1] V. pour l'anc. droit : Rousseau de Lacombe, *Rec. de Jurispr.*, v° *Hyp.*, sect. III, n. 5; Bourjon, *Droit comm.*, liv. III, tit. X, 7e partie, *De la commun.*, ch. II, sect. X, n. 136, I, p. 671; Renusson, *De la commun.*, part. 1, ch. III, n. 47; Lebrun, *De la commun.*, liv. III, ch. III, sect. II, dist. 5, n. 85 s.; Pothier, *De la commun.*, n. 568; Bacquet, *Des droits de justice*, ch. XV, n. 42. — Sous le code, *sic* Battur, *Comm.*, II, 521; Grenier, I, 248; Toullier, XII, 305; Duranton, XIV, 516, et XIX, 330; Baudot, *Tr. des form. hyp.*, 388 et 389; Bertauld, *Hyp. lég. des femmes mariées sur les conquêts de la commun.*, 51; Gauthier, *Subrog. des pers.*, 590 s.; Glandaz, *Encyclop. du dr.*, v° *Commun.*, 189; Troplong, II, 433 *ter* et *Contr. de mar.*, III, 1816; Pont, I, 524 à 526; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 124, § 644, note 28; Gauthier, sur Colmar, *Journal du Palais*, 1858, p. 199, sur Paris, *ibid.*, 1861, p. 137; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, II, 1188; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 30, III, 4e éd. p. 225, 5e éd. p. 384-385; Laurent, XXX, 271; de Loynes sur Tessier, *Société d'acquêts*, 192, note 1; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-X; Thézard, 98; André, 634; Brésillion, *Note* dans D., 69. 2. 161; Thiry, IV, 484; Guillouard, II, 796; Lepinois, III, 1394; Huc, XIII, 192; Beudant, II, 688; L. et A. Mérignhac, 104; Planiol, II, 2826. — Cpr. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, 1948. — Angers, 26 août 1812, S., 13. 2. 38. — Civ. cass., 8 nov. 1813, S., 20. 1. 120. — Paris, 12 déc. 1816, S., 17. 2. 228.— Orléans, 14 nov. 1817, S., 19. 2. 216.— Civ. cass., 9 nov. 1819, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 928, S., 20. 1. 118. — Rouen, 11 mars 1846, D., 46. 2. 182, S., 46. 2. 509. — Req., 16 nov. 1847, D., 48. 1. 46, S., 48. 1. 25. — Civ. rej., 4 fév. 1856, D., 56. 1. 61, S., 56. 1. 225. — Bastia, 25 janv. 1862, D., 68. 2, 147, S., 62. 2. 458. — Bordeaux, 28 juin 1870, D., 71. 2. 99, S., 70. 2. 326. — Paris, 13 juin 1874 et sur pourvoi, Civ. rej., 26 janv. 1876, D., 76. 1. 62, S., 76. 1. 241. — Paris, 6 juin 1882, *J. G. Suppl.*, v° *Mariage*, 503-2°, S., 85. 2. 116. — Pau, 23 juin 1884, D., 85. 2. 253. — Trib. civ. Marseille, 23 juil. 1897, *Gaz. des Trib.*, 10 oct. 1897. — Cpr. Orléans, 16 mars 1850, D., 50. 2. 76. — V. aussi Dijon, 19 nov. 1876, D., 78. 2. 58, S., 77. 2. 261.

[2] *Infra*, II, 1030 s.

pas être admises, car au législateur seul il appartient de créer des fictions.

Il est vrai qu'il n'existe pas de texte disant, au sujet de la femme qui renonce à la communauté, ce que l'art. 785 dit de l'héritier renonçant. Mais, outre qu'il y a la plus grande analogie entre la renonciation à la communauté et la renonciation à succession, et que dans notre ancien droit la femme renonçante a toujours été considérée comme n'ayant jamais été commune en biens, nous avons des textes qui, s'ils ne formulent pas la fiction en toutes lettres, en supposent cependant l'existence. C'est ainsi que, d'après l'art. 1494, la femme renonçante n'est aucunement tenue des obligations contractées par le mari comme chef, lorsqu'elle n'y a pas personnellement concouru. Si elle n'est pas engagée, c'est parce qu'elle n'a pas été représentée par son mari; et, si elle n'a pas été représentée, ce ne peut être que parce qu'elle est censée n'avoir jamais été commune.

On objecte encore que notre solution est destructive du crédit du mari. Qui voudra lui acheter un immeuble de la communauté, s'il se voit menacé par l'hypothèque légale de la femme? Il faut renvoyer cette objection au législateur. D'ailleurs le législateur, à notre avis, a eu raison de n'en pas tenir compte. Car, d'une part, la situation du mari relativement aux immeubles de la communauté, qu'il s'agisse d'actes de disposition à titre onéreux ou à titre gratuit, est exactement semblable à celle qui lui est faite relativement aux immeubles faisant partie de son patrimoine propre; et, d'autre part, quoi de plus facile pour l'acquéreur, s'il a des craintes, que d'exiger la renonciation de la femme à son hypothèque légale?

1007. Si la femme accepte la communauté, elle a toujours été commune en biens; elle est engagée par les actes accomplis par le mari dans la limite de ses pouvoirs. Son hypothèque va subir le contre-coup de cette situation [1].

La jurisprudence et la plupart des auteurs en déduisent cette première conséquence. La femme ne peut pas exercer

[1] Cpr. Civ. rej., 28 juin 1847, D., 47. 1. 299, S., 47. 1. 493. — V. sur cet arrêt Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, 9e éd., II, 1551. — V. aussi Req., 16 fév. 1841, *J. G.*, v° *Contrat de mariage*, 2401, S., 41. 1. 550.

son hypothèque sur les conquêts aliénés à titre onéreux par le mari durant la communauté, alors même qu'elle n'aurait pas concouru à la vente [1]. De cette solution on a proposé deux justifications.

D'une part, en acceptant la communauté, la femme se soumet à l'obligation de garantie résultant de la vente consentie par le mari ; si donc elle veut user de son hypothèque légale, elle se verra repoussée par la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* [2].

D'autre part, en acceptant la communauté, la femme confirme ou ratifie les actes émanés de son mari. La formule demande une explication. Il est manifeste qu'il n'est pas question d'une confirmation ou d'une ratification dans le sens de l'art. **1338**. Dans ce texte il s'agit de réparer le vice dont est entaché un contrat. Dans notre hypothèse, il n'y a rien de pareil ; l'acte accompli par le mari est régulier, il n'est entaché d'aucun vice. Il est évident aussi qu'il ne s'agit pas d'une ratification dans le sens de l'art. **1998**. La loi y parle de ce qui a pu être fait par le mandataire au delà de son mandat. L'acte n'est pas opposable au mandant ; celui-ci n'est pas lié, il conserve tous ses droits. Pour qu'il puisse être obligé, il faut qu'il consente. Telle n'est pas notre hypothèse ; le mari n'a pas excédé les limites de ses pouvoirs.

De quoi s'agit-il donc et quelle peut être la portée de l'ac-

(1) Odier, *Contr. de mar.*, I, 504 ; Duranton, XIX, 329 ; Tessier, *De la dot*, II, 135 ; Taulier, VII, p. 349 ; Troplong, II, 433 *ter ; Contr. de mar.*, III, 1646 ; Flandin, *Rev. crit.*, 1868, XXXIII, p. 481 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 31, III, 4e éd. p. 226, 5e éd. p. 385-386 ; Laurent, XXX, 370 ; Thézard, 98 ; André, 634 ; Guillouard, II, 797 à 800 ; Huc, XIII, 192 ; L. et A. Mérignhac, 105 ; Planiol, II, 2826. — Req., 16 fév. 1841, *J. G.*, v° *Contr. de mar.*, 2401, S., 41. 1. 550. — Colmar, 1er mars 1855, D., 57. 2. 37, S., 57. 2. 577. — Paris, 6 juin 1882, *J. G. Suppl.*, v° *Mariage*, 503-2°, S., 85. 2. 116. — Bordeaux, 27 nov. 1894, D., 96. 2. 366. — Trib. civ. Marseille, 23 juill. 1897, *Gaz. des Trib.*, 10 oct. 1897. — Cpr. Civ. rej., 4 fév. 1856, D., 56. 1. 61, S., 56. 1. 225. — Pau, 23 juin 1884, D., 85. 2. 253. — *Contra* Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, II, 1084 ; Pont, I, 526, 529 ; Bertauld, *De l'hyp. lég. sur les conquêts*, 37 s. ; Lepinois, III, 1395 ; Surville, II, 625. — Cpr. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, 1948 ; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-VIII s. — Paris, 15 juin 1868, D., 69. 2. 161. — V. aussi Rouen, 29 mai 1843 et sur pourvoi Civ. rej., 28 juin 1847, D., 47. 1. 299, S., 47. 1. 493.

(2) V. pour le cas où un propre de la femme a été aliéné par le mari seul, de Loynes sur Tessier, *Société d'acquêts*, 122, note 2 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, 751 et s.

ceptation de la femme? Il semble qu'elle a simplement pour résultat de fixer définitivement sur sa tête la qualité de commune en biens. Par conséquent, les actes émanés du mari dans la limite de ses pouvoirs seront censés émanés de la femme elle-même; elle y aura été représentée par un mandataire; elle sera dans la même situation que si elle y avait personnellement figuré; elle se les approprie.

L'aliénation d'immeubles communs faite par le mari sera considérée comme ayant été faite par le mari et par la femme. Le concours de celle-ci à l'acte emporte de sa part renonciation à son hypothèque légale; elle ne peut plus s'en prévaloir au préjudice de l'acquéreur. Cependant cette renonciation ne résulte pas directement de l'acte d'aliénation; autrement elle serait régie par la loi du 13 février 1889; elle est la conséquence de l'acceptation de la communauté par la femme; elle est postérieure à la dissolution de la société conjugale; elle échappe à toutes les dispositions restrictives de la capacité de la femme.

On objecte cependant que si la femme acceptante ne peut pas contester la validité de la vente d'un immeuble commun consentie par le mari, elle doit conserver le droit d'exercer son hypothèque légale sur ce bien, de la même manière qu'elle aurait la faculté de le faire sur un propre de son mari aliéné par celui-ci.

Nous répondrons que la femme doit respecter les actes régulièrement accomplis par le mari quant aux biens communs, parce qu'elle y a été représentée, que si elle a des droits plus étendus sur les propres du mari aliénés par celui-ci, c'est parce que ces actes n'ont pas été consentis par le mari en qualité de chef de la communauté.

On objecte que, par son acceptation, la femme ne s'oblige pas personnellement envers les créanciers de la communauté puisqu'elle peut leur opposer le bénéfice d'émolument et que ce bénéfice ne lui appartient que par rapport aux créanciers envers lesquels elle n'est pas personnellement obligée et on en conclut qu'elle conserve le droit de se prévaloir de son hypothèque légale à l'encontre des acquéreurs de biens de communauté.

La loi a limité l'étendue de l'engagement de la femme en ce qui concerne les obligations contractées par le mari par un motif d'équité, qui n'a pas son application quand il s'agit de droits réels transmis sur des immeubles communs.

1008. Lorsque les immeubles n'ont pas été aliénés, ils se trouvent au jour de la dissolution de la communauté compris dans la masse. Ils feront donc l'objet du partage que l'acceptation de la femme rend nécessaire. De deux choses l'une alors : ou ils tombent au lot du mari, ou ils tombent au lot de la femme.

S'ils tombent au lot du mari, elle ne pourra pas exercer son hypothèque au préjudice des créanciers hypothécaires sur les immeubles affectés à ceux-ci (1). Cette solution se justifie par les mêmes considérations que lorsqu'il s'agit de tiers acquéreurs.

Elle pourra, au contraire, s'en prévaloir à l'égard des créanciers chirographaires de son mari et de la communauté. Mais elle resterait tenue envers eux du paiement de sa part dans la dette suivant le droit commun (2).

Si au contraire ces biens tombent au lot de la femme, ils ne sont pas atteints par l'hypothèque légale (3). Car ils sont censés avoir toujours été sa propriété; ils n'ont jamais appartenu au mari; or l'hypothèque légale ne frappe que les immeubles du mari. Cette solution s'appliquerait même aux créanciers qu'elle aurait subrogés à son hypothèque légale (4).

Mais la femme reçoit ces immeubles grevés des charges établies par le mari pendant la communauté; elle est obligée de les respecter; si par l'exercice de ces droits elle était évincée, elle recouvrerait son hypothèque et aurait la faculté de l'invoquer sous les conditions indiquées ci-dessus (5).

1009. Il peut se faire que le mari aliène ou hypothèque les conquêts après la dissolution de la communauté. Cette hypo-

(1) Req., 16 nov. 1847, D., 48. 1. 48, S., 48. 1. 25. — Bordeaux, 27 nov. 1894, D., 96. 2. 366.

(2) Pont, I, 521; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 33, III, 4e éd. p. 228, 5e éd. p. 387; Guillouard, II, 801.

(3) Civ. rej., 4 fév. 1856, D., 56. 1. 61, S., 56. 1. 225. — *Contra* Surville, II, 625.

(4) Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 221, 5e éd. p. 387.

(5) Paris, 15 juin 1868, D., 69. 2. 161.

thèse ne soulève aucune difficulté sérieuse. Si la femme renonce à la communauté, elle exercera son hypothèque comme nous l'avons dit. Si au contraire elle accepte, les actes émanés du mari depuis la dissolution de la société conjugale ne peuvent lui nuire, ils ne lui sont pas opposables; ils ont été consentis à une époque où le mari n'avait plus le droit de traiter au nom de la communauté. La femme pourra exiger que ces biens soient compris dans la masse partageable. S'ils tombent dans son lot elle aura contre les tiers acquéreurs une action en revendication, et contre les créanciers hypothécaires une action en radiation de leurs inscriptions, le mari ayant hypothéqué la chose d'autrui. Si au contraire ces immeubles sont compris dans le lot du mari, les actes par lui consentis sont parfaitement valables, mais la femme conserve le droit d'exercer son hypothèque soit contre les tiers détenteurs, soit à l'encontre de ces créanciers hypothécaires ([1]).

1010. L'application des règles ci-dessus donne naissance à certaines difficultés.

Un ordre est ouvert, avant la dissolution de la communauté, pour la distribution du prix d'un immeuble commun à la suite soit d'une aliénation volontaire suivie de purge, soit d'une expropriation forcée. La femme se présente et demande à être colloquée sur le prix par préférence aux autres créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. Sa prétention est-elle fondée ?

Qu'elle ne puisse pas obtenir une collocation actuelle et définitive, c'est ce qui ne saurait être contesté. La communauté n'est pas dissoute : la femme n'a pas le droit d'exiger le paiement de ses reprises. On ne sait même pas si son hypothèque frappe l'immeuble dont le prix est en distribution. Son droit dépend du parti qu'elle prendra sur l'acceptation ou la répudiation de la communauté, et des éventualités du partage. Elle ne peut exercer son option qu'à la dissolution (art. 1453). Mais si elle n'a pas de droit actuel, elle a tout au moins un droit éventuel. Elle doit pouvoir prendre des mesu-

([1]) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 32, III, 4e éd. p. 227-228, 5e éd. p. 386-387; Guillouard, II, 802.

res conservatoires. Si on ne tenait pas compte de son hypothèque légale, les créanciers postérieurs seraient colloqués; la femme qui plus tard renoncerait n'aurait contre eux qu'un recours peut-être illusoire; elle verrait compromettre ses reprises. Dans ces conditions, il semble naturel de procéder comme en matière de purge. La femme sera colloquée éventuellement ou conditionnellement, mais elle ne touchera pas, et les fonds, qui devaient lui être attribués, seront consignés. Si la femme renonce plus tard à la communauté, ils lui seront délivrés; dans le cas contraire, ils seront, s'il y a lieu et suivant les cas, remis aux créanciers colloqués après elle dans l'ordre de leurs collocations (1).

1011. Il est à peine besoin d'ajouter que les créanciers de la femme et les subrogés à son hypothèque légale ont les mêmes droits que leur débitrice et peuvent comme celle-ci demander une collocation éventuelle (2).

Il existe même un cas où ces personnes jouissent de droits plus étendus que la femme et peuvent réclamer une collocation définitive. C'est lorsque le mari est en état de faillite, de liquidation judiciaire ou de déconfiture. Il faudra, bien entendu, tenir compte des dispositions du C. co., qui limitent l'étendue de l'hypothèque légale de la femme. Tout en leur refusant même dans ces hypothèses le droit de demander la séparation de biens, l'art. 1446 autorise les créanciers de la femme à exercer jusqu'à concurrence du montant de leurs créances les droits de leur débitrice, c'est-à-dire les droits qu'elle aurait eus si la séparation de biens était prononcée. Sont-ils subrogés à l'hypothèque légale, ils pourront demander à être colloqués en leur nom personnel pour le montant de ce qui leur est dû. Sont-ils seulement créanciers de la

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 162, § 796, note 12; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et notes 35, 36, III, 4e éd. p. 226, 5e éd. p. 387, 388; Guillouard, II, 804; Huc, XIII, 192. — Rouen, 11 mars 1846, D., 46. 2. 182, S., 46, 2. 503. — Lyon, 7 avril 1854, S., 54. 2. 577. — Bastia, 25 janv. 1862, D., 68. 2. 147, S., 62. 2. 458. — Civ. cass., 19 nov. 1872, D., 73. 1. 38. — Paris, 6 juin 1882, *J. G. Suppl.*, v° *Mariage*, 503-2°, S., 85. 2. 16. — Pau, 23 juin 1884, D., 85. 2. 253. — Paris, 24 nov. 1902, D., 03. 2. 86. — *Contra* Metz, 31 déc. 1867, D., 68. 2. 145, S., 69. 2. 5.

(2) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 38, III, 4e éd. p. 230, 5e éd. p. 389.

femme, ils exerceront le même droit non en leur nom personnel, mais au nom de leur débitrice [1]. Il a même été jugé qu'ils pouvaient agir contre les tiers détenteurs de conquêts aliénés par le mari [2].

Une remarque en terminant sur ce point. L'ouverture d'un ordre ne prouve pas par elle seule l'état de déconfiture du mari, la distribution peut avoir lieu à la suite d'une vente volontaire suivie de l'accomplissement des formalités de la purge. L'emploi de cette procédure ne démontre donc pas l'insolvabilité du mari. Il en sera autrement si l'ordre est ouvert à la suite d'une expropriation forcée. Mais la preuve de l'insolvabilité résultera ici de la saisie et de l'expropriation et non de l'ordre, qui n'est que le dernier acte de la procédure [3].

1011 I. Si la communauté dissoute par la séparation de biens a été ultérieurement rétablie, la femme ne peut pas exercer son hypothèque au préjudice des tiers qui ont acquis, depuis la séparation, des immeubles du mari [4].

1012. La règle que l'hypothèque légale de la femme mariée frappe tous les immeubles présents et à venir du mari reçoit une importante exception en matière de faillite ou de liquidation judiciaire (art. 4, L. 4 mars 1889). Nous savons que si le mari était commerçant au moment de la célébration du mariage ou si, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée il est devenu commerçant dans l'année, l'hypothèque ne garantit pas notamment les avantages stipulés dans le contrat de mariage, et que la femme n'a, de ce chef, aucune action contre la faillite (art. 564 C. co.).

Dans les cas où l'hypothèque de la femme subit ainsi une

(1) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 39, III, 4e éd. p. 230, 5e éd. p. 389; Guillouard, II, 806. — Orléans, 24 mai 1848, D., 48. 2. 185, S., 50. 2. 145. — Paris, 30 juin 1853, D., 55. 2. 356, S., 55. 2. 177. — Orléans, 12 juill. 1854, S., 54. 2. 561 et sur pourvoi Civ. rej., 4 fév. 1856, D., 56. 1. 61, S., 56. 1. 225. — Colmar, 20 nov. 1855, S., 56. 2. 580. — V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 898.

(2) Metz, 20 janv. 1859, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 633, S., 60. 2. 367. — *Sic* Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 40, III, 4e éd. p. 230, 5e éd. p. 390; Guillouard, II, 806; L. et A. Mérignhac, 122.

(3) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 37, III, 4e éd. p. 229, 5e éd. p. 388-389.

(4) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 981.

restriction au point de vue des créances garanties, elle ne peut pas s'exercer sur tous les immeubles appartenant au failli indistinctement. L'art. 563 C. co. n'y soumet que les immeubles qui étaient sa propriété au jour de la célébration du mariage et ceux qui lui sont advenus depuis soit par succession, soit par donation entre vifs ou testamentaire. Par conséquent, les immeubles acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage ne sont pas affectés à la garantie des créances de la femme, qu'ils soient encore la propriété du mari au jour du jugement qui prononce la faillite ou l'ouverture de la liquidation judiciaire ou qu'ils aient été aliénés par lui (1). La loi a voulu sauvegarder les intérêts des créanciers et prévenir une fraude. Elle a craint que le mari n'employât les valeurs, gage de ses créanciers, à l'acquisition d'immeubles sur lesquels la femme exercerait son hypothèque légale à leur préjudice.

Le caractère exceptionnel de la disposition de l'art. 563 C. co. démontre qu'elle s'applique exclusivement dans le cas prévu par le texte. Il faut donc : 1° que le mari soit en état de faillite, c'est-à-dire en état de cessation de paiements, les tribunaux civils ayant, d'après la jurisprudence, le droit de constater cette situation même en l'absence de tout jugement déclaratif (2), ou en état de liquidation judiciaire ; c'est au moment où la femme se présente à l'ordre qu'il faut se placer pour apprécier ses droits (3) ; 2° qu'il fût commerçant lors de la célébration du mariage ou que n'ayant pas à cette

(1) Bédarride, *Faillites*, III, 996; Massé, II, 1350; Demangeat sur Bravard, V, p. 566, 567; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 60, III, 4e éd. p. 238, 5e éd. p. 400; Guillouard, II, 829. — Agen, 22 juillet 1859, *J. G. Suppl.*, v° *Faillites*, 1178, S., 60. 2. 86. — Nancy, 27 mai 1865, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 1158, S., 66. 2. 345.

(2) Renouard, II, p. 325; Bédarride, *Faillites*, II, 993, 994; Esnault, *Faillites*, III, 594. — Civ. rej., 7 mars 1836, Req., 8 juin 1837, *J. G.*, v° *Faillites*, 1081, S., 37. 1. 920. 923. — Civ. rej., 13 novembre 1838, *J. G.*, eod. v°, 119, S., 39. 1. 121. — Grenoble, 28 août 1847, D., 48. 2. 137, S., 48. 2. 469. — Metz, 20 décembre 1865, D., 66. 2. 10, S., 66. 2. 281. — Grenoble, 13 novembre 1888, *J. G. Suppl.*, v° *Faillites*, 365. — Req., 29 avril 1889, D., 90. 1. 19, S., 89. 1. 425. — *Contra* Massé, II, 1166 et s.; Delamare et Lepoitvin, *Dr. comm.*, VI, 26 et s.; Demangeat sur Bravard, VI, p. 40, note; Lyon-Caen et Renault, VII, 189.

(3) Civ. rej., 8 déc. 1897, D., 98. 1. 161, S., 98. 1. 273.

époque d'autre profession déterminée il le soit devenu dans l'année.

1013. L'hypothèque légale de la femme ne frappe pas dans ce cas les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage. C'est à la date de l'acquisition et non à la date du titre qui la constate qu'il faut s'attacher pour admettre ou écarter l'exercice de l'hypothèque légale. La femme aurait donc le droit de prouver qu'une acquisition, dont le titre a été rédigé depuis la célébration du mariage, est en réalité antérieure à cette époque (1). Mais si l'art. 563 C. co. ne s'applique qu'aux immeubles acquis pendant le mariage, il s'applique à tous en principe, qu'ils fassent ou qu'ils ne fassent pas partie de l'actif de la faillite. L'hypothèque légale de la femme ne les atteint pas ; elle ne peut pas être invoquée sous la forme de droit de préférence à l'encontre des créanciers du failli ; elle ne peut pas être exercée sous la forme de droit de suite contre les tiers détenteurs (2). L'art. 563 C. co. est général et absolu.

1013 I. Le droit de se prévaloir des dispositions qui limitent ainsi le droit de la femme n'appartient pas seulement à la masse et aux syndics qui la représentent (3) ; il doit certainement être reconnu au tiers détenteur que l'éviction investirait d'un recours en garantie contre la faillite (4) ; la formule générale des art. 557 à 564 C. co., la circonstance que la loi n'en limite pas l'effet à la masse des créanciers nous porterait même à penser que le bénéfice de ces règles exceptionnelles peut être réclamé par toute personne intéressée (5), non seulement par tout tiers acquéreur, mais encore et en particulier par les créanciers hypothécaires du failli (6).

(1) Grenoble, 28 juin 1858, D., 59. 2. 191, S., 59. 2. 249.

(2) Nancy, 27 mai 1865, *J. G. Suppl.*, v° *Faillite*, 1158, S., 66. 2. 345.

(3) V. cep. en ce sens Lyon-Caen et Renault, VIII, 915 ; Boistel, 1024.

(4) Agen, 22 juil. 1859, *J. G. Suppl.*, v° *Faillite*, 1178, S., 60. 2. 86.

(5) Bédarride, *Faillites*, III, 996 ; Massé, II, 1350 ; Demangeat sur Bravard, V, p. 566, 567 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 60, III, 4e éd. p. 233-234, 5e éd. p. 400 ; Guillouard, II, 829. — Agen, 22 juil. 1859, *J. G. Suppl.*, v° *Faillites*, 1178, S., 60. 2. 86. — Nancy, 27 mai 1865, *J. G. Suppl.*, v° *Faillite*, 1158, S., 66. 2. 345. — Grenoble, 13 nov. 1888, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 365.

(6) Bédarride, *Faillites*, III, 996; Massé, II, 1350; Aubry et Rau, § 264 *ter*,

1013 II. On fait cependant exception à la règle que nous avons posée dans le cas d'échange d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale. Quoique acquis à titre onéreux, l'immeuble sera affecté à la garantie de la femme (1). Cette solution est sans difficulté, lorsque l'échange a lieu but à but ou moyennant une soulte payée au mari (2). On ne peut pas dire que cet immeuble a été acquis des deniers des créanciers ; il n'y a pas de motif pour le soustraire à l'exercice de l'hypothèque légale. La question est plus délicate lorsque l'immeuble acquis par le mari ayant une valeur supérieure à celle de l'immeuble échangé, le mari s'engage à payer une soulte à son coéchangiste. Généralement on distingue. Si la soulte est de minime importance, l'opération est véritablement un échange, et on suit la même règle que dans le cas d'échange but à but (3). Si au contraire la soulte dépasse de beaucoup la valeur de l'immeuble échangé, l'opération n'est pas un échange, c'est en réalité une vente et l'hypothèque légale ne frappera pas l'immeuble. Il resterait le cas où les deux valeurs seraient à peu près équivalentes. La difficulté devient ici très sérieuse.

Quant à nous, en l'absence d'un texte et quelque solution que cette question doive recevoir en matière de communauté (art. **1407**) (4), ou que comporte une question analogue en matière de remploi (5), nous croyons qu'il faut avant tout se guider par le texte et les principes de l'art. **563** C. co. Or il ne soumet à l'hypothèque légale les immeubles acquis pendant le mariage que s'ils adviennent par succession, donation

texte et note, 50, III, 4e éd. p. 234, 5e éd. p. 394. — Nancy, 27 mai 1865, *J. G. Suppl.*, vo *Faillites*, 1158, S., 66. 2. 345. — Nîmes, 17 juillet 1867, D., 68. 5. 216, S., 68. 2. 149. — Grenoble, 13 novembre 1888, *J. G. Suppl.*, vo *Faillites*, 365. — Civ. rej., 8 déc. 1897, D., 98. 1. 161, S., 98, 1. 273. — *Contra* Labbé, *Note*, dans S., 66. 2. 345 ; Lyon-Caen et Renault, VIII, 915, Boistel, 1024.

(1) Lyon-Caen et Renault, VIII, 904 ; Demangeat sur Bravard, V, p. 565, note ; Pont, I, 535 ; Valabrègue, 385. — *Contra* Thaller, 1800.

(2) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 52 *bis*, III, 5e éd., p. 398.

(3) V. les auteurs cités à la note 1 ci-dessus. — *Contra* Pont, I, 535 ; André, 659.

(4) V. les autorités citées en sens divers par de Loynes sur Tessier, *Société d'acquêts*, n. 44, notes 2 et 3, auxquelles il convient d'ajouter Guillouard, *Contr. de mar.*, II, 466 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, 373.

(5) Bordeaux, 13 mai 1872, D., 73. 2. 39. — V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, 389, et les autorités qui y sont citées.

ou testament et il soustrait à son exercice ceux qui sont acquis à titre onéreux pendant le mariage. Or, dans le cas d'échange avec soulte, l'immeuble n'advient pas au mari par succession, donation ou testament, il est en réalité acquis à titre onéreux pendant le mariage pour la partie correspondante à la soulte. Donc, pour cette fraction et dans cette mesure tout au moins, l'hypothèque légale ne saurait l'atteindre.

Il est vrai que cette théorie aura pour résultat d'accroître les garanties de la femme; mais comme elle ne nuit pas à la masse, il nous semble que l'art. 563 C. co. doit être écarté. La femme en effet conserve son hypothèque sur l'immeuble cédé en échange par son mari, à moins qu'elle n'y ait renoncé; elle a en outre, dans la mesure que nous avons déterminée, une hypothèque sur l'immeuble acquis par le mari. Sa situation est donc améliorée, mais elle ne l'est pas au détriment de la masse. Celle-ci est exposée à voir absorber par la créance de la femme le prix de l'immeuble acquis en échange. S'il n'y avait pas eu d'échange, la situation de la masse serait la même. Si, au contraire, la femme est colloquée en tout ou en partie sur le prix de l'immeuble échangé, l'échangiste aura une action en résolution ou en dommages-intérêts. Au premier cas, les choses seront remises au même et semblable état que s'il n'y avait pas eu d'échange, la masse n'a pas à se plaindre. Au second cas, l'échangiste pourra demander soit sa collocation par préférence sur le prix de l'immeuble acquis en échange par subrogation aux droits de la femme, soit son admission au passif de la faillite, comme la femme l'aurait pu. La masse n'éprouve aucun préjudice, l'application de l'art. 563 C. co. n'aurait pas de raison d'être.

1014. On s'est demandé si l'art. 563 C. co. faisait obstacle à l'application de l'art. **2133**, si l'hypothèque légale de la femme atteignait les améliorations apportées aux immeubles grevés, les constructions nouvelles qui y seraient ajoutées pendant le mariage. On s'est tout d'abord prononcé en faveur de la femme [1]. Mais cette opinion n'a pas trouvé faveur

[1] Rouen, 29 décembre 1855, D., 57. 2. 197, S., 57. 2. 753 (*Note* de M. Rodière). — Caen, 3 juin 1865, S., 65. 2. 310. — Cpr. Grenoble, 28 juin 1858, D., 59. 2. 191, S., 59. 2. 250.

dans la doctrine. Tous les auteurs la repoussent en ce qui concerne les constructions [1]. En effet, la pensée dominante de l'art. 563 C. co., c'est d'écarter l'hypothèque légale toutes les fois qu'on veut l'exercer sur une valeur produite à titre onéreux pendant le mariage. La loi craint qu'elle ne soit le résultat de l'emploi fait par le mari de l'argent de ses créanciers; elle ne veut pas que celui-ci puisse augmenter, à leur détriment, les biens affectés à l'hypothèque légale. Or tel serait le résultat si, dans notre hypothèse, l'hypothèque frappait les constructions nouvelles. Par conséquent, l'art. 2133 ne recevra pas son application, il faudra, dans le prix de l'immeuble, faire une distinction, déterminer par ventilation la part affectée à l'hypothèque légale et la part qui tombe dans l'actif de la faillite. Mais pour procéder ainsi, il est nécessaire qu'on puisse séparer en quelque sorte les deux fractions de l'immeuble. C'est facile pour les constructions nouvelles; elles peuvent être envisagées en elles-mêmes, on peut déterminer leur valeur intrinsèque sans tenir compte de la valeur du sol qui les porte; l'hypothèque légale ne sera pas exercée sur la part du prix correspondant à cette valeur. Mais si cette ventilation était impossible, il faudrait, respectant le droit de la femme, appliquer l'art. 2133. Telle est la solution admise par les arrêts les plus récents [2].

1015. L'hypothèque légale frappe, avons-nous dit, les immeubles acquis à titre gratuit pendant le mariage. Mais une difficulté surgit. Un commerçant est appelé pendant son mariage à recueillir avec d'autres héritiers une succession comprenant un immeuble et des valeurs mobilières. Dans le partage, l'immeuble lui est attribué en totalité, ou bien il est

(1) Renouard, II, p. 302; Gadrat, *Des faill.*, p. 397; Alauzet, VIII, 2804; Bédarride, *Faillites*, III, 1034; Massé, II, 1345; Laroque-Saissinel, *Formul. des faill. et banq.*, 3e éd. par Dutruc, II, 1457; Rodière, *Note* dans S., 57. 2. 753; Bravard et Demangeat, V, p. 567; Boistel, 1022; Rivière, *Rép. sur le C. de co.*, 8e éd., n. 771; Lyon-Caen et Renault, VIII, 905; Pont, I, 535; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 51, III, 4e éd. p. 235, 5e éd. p. 396; Guillouard, II, 824-825; Valabrègue, 385; Huc, XIII, 233; Planiol, II, 2742. — V. Thaller, 1799. — Cpr. Boileux sur Boulay Paty, *Des faill.*, II, 915; Esnault, *Des faill.*, 599; André, 659. — Caen, 3 juin 1865, S., 65. 2. 310.

(2) Montpellier, 29 juill. 1867, *J. G. Suppl.*, v° *Faillites*, 1163, S., 68. 2. 190. — Grenoble, 8 mars 1892, D., 92. 2. 205.

procédé à sa vente par licitation et le commerçant se porte adjudicataire. L'hypothèque légale de la femme s'exercera-t-elle sur la totalité de l'immeuble ? La jurisprudence a longtemps hésité ; elle semble aujourd'hui définitivement fixée depuis les deux arrêts de la chambre civile du 10 novembre 1869. Depuis cette date du moins, nous n'avons plus rencontré de décision dans les recueils.

Il est incontestable, suivant nous, que l'hypothèque légale de la femme frapperait la totalité de l'immeuble attribué au mari dans un partage en nature des biens héréditaires. A cette hypothèse s'applique à la lettre la disposition de l'art. 883 (1).

C'est seulement dans le cas où l'immeuble est attribué au mari moyennant une soulte qu'il doit payer de ses deniers personnels, ou lui est adjugé sur licitation moyennant une somme d'argent qu'il doit acquitter dans les mêmes conditions, que la difficulté devient sérieuse.

Si elle devait être résolue exclusivement par les principes du droit civil, aucune hésitation ne serait possible ; le mari est devenu, en qualité d'héritier, propriétaire de la totalité de l'immeuble ; l'hypothèque légale de la femme le frappe tout entier. Mais le mari est commerçant, il est en faillite ; aux termes de l'art. 563 C. co., l'hypothèque légale de la femme n'atteint que les immeubles présents au jour de la célébration du mariage ou ceux qui adviennent au mari par succession, donation ou legs, c'est-à-dire à titre gratuit ; elle n'atteint pas ceux qu'il acquiert à titre onéreux. Or, dans notre hypothèse, l'acquisition a eu lieu à titre onéreux ; la soulte, le prix d'adjudication ont été acquittés non en valeurs héréditaires, mais en deniers personnels du mari. Donc, en vertu de l'art. 563 C. co., l'hypothèque légale frappera la part indivise qui appartenait au mari, elle ne frappera pas les parts qu'il a acquises de ses copropriétaires soit par le partage, soit par l'adjudication. Si l'on objecte contre cette théorie la règle du partage déclaratif de l'art. 883, ses défenseurs répondent que l'art. 563 C. co. y déroge (2).

(1) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 52, III, 4e éd. p. 237, 5e éd. p. 397 ; Lyon-Caen et Renault, VIII, 906 ; André, 659.

(2) Esnault, *Faillites*, III, 600 ; Massé, II, 1435 ; Demolombe, *Succ.*, V, 328 ;

La seule question est donc celle de savoir quelle est la portée de l'art. 563 C. co., s'il exclut l'application de l'art. 883. Or, à ce point de vue, la négative nous paraît certaine. Les adversaires affirment qu'en vertu de ce texte l'hypothèque légale ne peut pas s'exercer sur des immeubles acquis à titre onéreux. Ce n'est pas la formule de la loi : elle ne dit pas sur quels immeubles ne portera pas l'hypothèque de la femme ; elle précise ceux sur lesquels elle pourra s'exercer. Elle dit : seront seuls soumis à l'hypothèque légale les immeubles advenus au failli depuis le mariage soit par succession... Il faut donc rechercher si l'immeuble attribué au mari dans un partage de succession avec soulte ou à la suite d'une adjudication sur licitation, lui est advenu à titre de succession. La réponse est écrite et écrite deux fois dans l'art. 883. Le mari est censé, en vertu de ce texte, avoir *succédé* au défunt pour tous les effets mis dans son lot ou à lui échus sur licitation. Donc, c'est par *succession* qu'il a acquis l'immeuble. La loi nous dit encore qu'il est censé avoir succédé seul et *immédiatement* au défunt. Entre le mari héritier et le défunt, il n'y a pas d'intermédiaire. Or, en l'absence d'un testament, il n'y a qu'une seule manière d'acquérir la propriété des biens d'une personne qui n'est plus, c'est la succession. Donc, c'est bien à ce titre que le mari a acquis l'immeuble ; donc, en vertu du texte même de l'art. 563 C. co., il est atteint par l'hypothèque légale. En parlant de succession, cet article a renvoyé aux règles du code civil ; s'il a modifié les dispositions relatives à l'hypothèque légale, il n'a rien fait de pareil pour les textes relatifs aux successions, il s'est purement et simplement référé à leurs principes. Cette intention du législateur s'est clairement manifestée dans les travaux préparatoires (1).

Cette solution est du reste conforme à l'équité ; l'opinion contraire écarte l'application de l'art. 883 quand elle peut

Bertauld, *Rev. crit.*, 1864, XXIV, p. 392. — Cpr. Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 52, III, 4e éd. p. 235, 5e éd. p. 397-398 ; Lyon-Caen et Renault, VIII, 906 ; Valabrègue, 385, p. 522 ; Thaller, 1798. — Bourges, 2 fév. 1836, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 875, S., 37. 2. 465. — Paris, 8 avril 1851 (non 1853), D., 54. 2. 112, S., 53. 2. 565. — Caen, 21 avril 1866, D., 69. 2. 44, S., 68. 2. 270.

(1) V. leur résumé dans Pont, I, 536.

être favorable à la femme ; elle le suit quand il peut lui nuire. N'est-ce pas souverainement injuste? Qu'un cohéritier du mari se porte adjudicataire, il opposera victorieusement à la femme l'art. 883. Que le mari se porte adjudicataire, la femme ne pourrait pas s'en prévaloir. Ce résultat blesse la justice. Cette considération toute subsidiaire corrobore l'argumentation que nous avons appuyée sur les textes de la loi (1).

1015 I. Pour les mêmes motifs, ces solutions devraient s'appliquer au cas où le commerçant aurait été appelé avant son mariage à recueillir avec d'autres personnes une succession comprenant des meubles et des immeubles dont le partage n'aurait lieu que pendant la durée du mariage (2).

1016. Ces règles reçoivent leur application tant que dure la faillite, c'est-à-dire même après le concordat jusqu'au moment où les créanciers auront reçu les dividendes promis, après le contrat d'union jusqu'à ce que les créanciers aient été complètement désintéressés (3).

On objecte cependant que la réhabilitation fait seule cesser les effets de la faillite et on en conclut que la femme doit continuer, même après l'exécution du concordat, de subir la restriction de son hypothèque légale (4).

Ne serait-il pas plus exact de dire que la réhabilitation efface seule les conséquences d'ordre public produites par la faillite, mais qu'après exécution du concordat les créanciers de la masse, ayant reçu la satisfaction à laquelle ils ont droit, ne peuvent plus se prévaloir des dispositions édictées dans leur

(1) Renouard, II, 313 ; Alauzet, IV, 1881 ; Pont, I, 536; Demangeat sur Bravard, V, p. 565, à la note; Laroque-Saissinel, *Formul. des taill. et banq.*, II, 1454 s. ; Labbé, *Note* dans S., 70. 1. 5 ; Namur, III, 1996; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3360; Guillouard, II, 826-827. — Limoges, 14 mai 1853, D., 54. 2. 113, S., 53. 2. 567. — Grenoble, 5 août 1857, D., 66. 2. 11, note 1, S., 58. 2. 633. — Angers, 27 mai 1864, D., 64. 2. 152, S., 64. 2. 270. — Metz, 20 déc. 1865, D., 66. 2. 10, S., 66. 2. 281. — Metz, 14 nov. 1867, D., 69. 2. 43, S., 68. 2. 270, et sur pourvoi Civ. rej., 10 nov. 1869, D., 69. 1. 501, S., 70. 1. 5.

(2) V. les auteurs cités à la note précédente. — Douai, 26 nov. 1868, D., 69. 2. 43, S., 68. 2. 334. — Civ. rej., 10 nov. 1869, D., 69. 1. 501, S., 70. 1. 5.

(3) Massé, II, 1350 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 59, III, 4e éd. p. 237, 5e éd. p. 400 ; Lyon-Caen et Renault, VIII, 917. — Toulouse, 7 avril 1865, D., 65. 2. 77, S., 65. 2. 212. — V. cep. Demangeat sur Bravard, V, p. 567.

(4) Civ. cass., 1er déc. 1858, D., 59. 1. 11.

intérêt, notamment de l'art. 563 C. co., et que les créanciers nouveaux ne sont investis d'aucun droit?

IV. *De la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée.*

1017. L'hypothèque légale de la femme mariée est générale. Elle frappe tous les immeubles du mari. Par cela même il peut se faire qu'il existe une grande disproportion entre l'importance du gage hypothécaire et celle de la créance à la sûreté de laquelle ce gage est affecté. Faut-il absolument que la totalité d'un patrimoine considérable reste affectée à des créances peut-être minimes, au grand détriment du crédit du mari ? Le législateur ne l'a pas pensé. Aussi permet-il de soustraire à l'hypothèque légale une partie des immeubles du mari, de manière à proportionner l'étendue du gage hypothécaire à la créance qu'il s'agit de garantir. Tel est l'objet de la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale.

C'est à cet ordre d'idées que la loi fait allusion par les mots qui terminent l'art. 2122 : « *Sous les modifications qui seront » ci-après exprimées* ». Les art. 2140, 2142, 2144 et 2145 nous indiquent les conditions dans lesquelles cette limitation du gage hypothécaire peut être opérée.

1017 I. Précisons d'abord la différence qui existe entre la *restriction* et la *réduction*. Quand le gage hypothécaire est diminué au moment même où l'hypothèque légale prend naissance, c'est-à-dire à l'époque de la célébration du mariage, c'est le cas de la *restriction,* prévu et réglé par les art. 2140 et 2142. L'hypothèque légale est cantonnée dès l'origine, elle naît diminuée. Si, au contraire, on suppose que l'hypothèque légale n'a pas été restreinte à l'origine, auquel cas elle a affecté *ab initio* tous les immeubles du mari, et que, pendant le cours du mariage, on dégrève de l'hypothèque une partie des biens sur lesquels elle porte, ce sera le cas de la *réduction,* prévu par les art. 2144 et 2145. En deux mots, la restriction est un cantonnement de l'hypothèque opéré dès l'origine, la réduction est un dégrèvement fait après coup. On remarquera que la loi emploie l'expression *restriction* pour

désigner l'une et l'autre opération ; cependant le mot *réduction* figure dans l'art. 2145. Il est plus facile de s'entendre en employant des expressions distinctes pour chaque hypothèse ; c'est ce que nous allons faire.

A. *Restriction.*

1018. « *Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties* » *majeures seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription* » *que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles* » *qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription resteront* » *libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme* » *et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne* » *pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune inscrip-* » *tion* » (art. 2140) (1).

On le voit, la restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée s'effectue à l'aide d'une convention, qui ne peut être contenue que dans le contrat de mariage ou dans un acte modificatif passé dans la forme prescrite par l'art. 1396. Elle ne pourrait pas être contenue dans un autre acte, même authentique et antérieur au mariage (2). Cette convention précède ainsi nécessairement le mariage et reçoit, comme toutes les conventions matrimoniales, sa perfection par la célébration du mariage, de sorte que l'hypothèque légale naît restreinte.

La loi exige, pour la validité de cette restriction contractuelle, que les parties soient *majeures*. Comme il est impossible d'expliquer rationnellement pourquoi la majorité du futur époux serait nécessaire, puisqu'il s'agit d'une convention qui ne peut qu'améliorer sa situation, on admet que la restriction de l'hypothèque est possible quand le mari est mineur, pourvu que la femme soit elle-même majeure (3), et

(1) Rappelons qu'en Belgique et en Italie l'hypothèque de la femme mariée doit être spécialisée. — Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 67. — Italie, *C. civ*, art. 1541. — Monaco, *C. civ.*, art. 1980. — Espagne, *C. civ.*, art. 1878; *L. hyp.*, art. 155. — Portugal, *C. civ.*, art. 908, 928. — Tessin, *C. civ.*, art. 874. — Valais, *C. civ.*, art. 1865-1870. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3305. — Haïti, *C. civ.*, art. 1907.

(2) Pont, I, 549; Jouitou, *De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme*, 8; Beudant, II, p. 167, note 1.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Inscr. hyp.*, § III, n. 18; Grenier, I, 269; Persil, I, sur l'art.

on explique ces mots du texte *parties majeures* en disant que le législateur a supposé que le mari sera toujours majeur quand la femme le sera elle-même : ce qui arrive en effet le plus ordinairement, la différence d'âge dans le mariage existant généralement au profit de la femme.

1018 I. La restriction consentie par la femme mineure dans son contrat de mariage serait nulle, alors même qu'elle serait assistée conformément à la loi. L'art. **2140** apporte ainsi une exception au principe général de l'art. **1398** (1).

Cette solution, que le texte de la loi commande d'admettre, ne satisfait guère la raison. La femme mineure peut consentir dans son contrat de mariage toutes les conventions que pourrait consentir un majeur, sous la seule condition d'être assistée des personnes que désigne l'art. **1398**. Avec cette assistance elle peut même donner tous ses biens à son futur époux dans les limites de la quotité disponible. Pourquoi ne peut-elle pas, dans les mêmes conditions, consentir à la restriction de son hypothèque légale?

On peut cependant dire pour expliquer la loi : Les effets de la restriction de l'hypothèque légale ne sont pas immédiats comme ceux d'une donation. Ils peuvent facilement échapper à la perspicacité de la femme, même de ses parents. La loi

2140, IV; Troplong, II, 636; Pont, I, 551; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 41, III, 4e éd. p. 230, 5e éd. p. 390; Colmet de Santerre, IX, 111 *bis*-III; Thézard, 100; Guillouard, II, 811 et *Contr. de mar.*, I, 304; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, 143; Planiol, II, 2828; Surville, II, 721. — V. en ce sens les motifs des arrêts cités à la note suivante. — *Contra* Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 163, § 796, note 14; Clément, *Quest. prat. sur l'hyp. lég. de la femme*, 37; Jouitou, *De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme*, 11; Huc, XIII, 282; Beudant, II, 702.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Inscr. hyp.*, § 3, n. 18; Persil, I, sur l'art. 2140, IV; Grenier, I, 269; Troplong, II, 637 *bis*; Duranton, XX, 56; Pont, I, 551; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 42, III, 4e éd. p. 231, 5e éd. p. 390; Colmet de Santerre, IX, 111 *bis*-IV; Thézard, 100; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 163, § 796, note 14; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, I, 41; Guillouard, II, 811 et *Contr. de mar.*, I, 304; Jouitou, *op. cit.*, 10; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, 143, III, 1739; Huc, XIII, 282; Beudant, II, 702. — Civ. rej., 19 juil. 1820, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2595-1°, S., 20. 1. 356. — Caen, 15 juil. 1836, *J. G.*, eod. v°, 180, S., 37. 2. 229. — Lyon, 30 mai 1844, *J. G.*, eod. v°, 2595-2°, S., 44. 2. 449. — Grenoble, 25 août 1847, cité *J. G.*, eod. v°, 2595-1°, S., 48. 2. 301. — Limoges, 2 avril 1887, S., 88. 2. 216. — *Contra* Taulier, VII, p. 319. — Paris, 10 août 1816, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2596.

la protège d'autant plus énergiquement qu'elle la croit plus exposée.

1019. Mais cette disposition, étant exceptionnelle, doit être interprétée limitativement. Par conséquent, toutes les fois qu'il ne s'agira pas de restreindre l'hypothèque légale de la femme, l'art. **2140** sera écarté, l'art. **1398** reprendra son empire et la femme, même mineure, jouira d'une pleine et entière capacité, pourvu qu'elle soit assistée des personnes dont le consentement est requis our la validité du mariage. La cour de cassation a fait l'application de ce principe à la clause par laquelle les père et mère, en constituant une dot à leur fille, lui avaient imposé comme condition de cette libéralité l'obligation de n'en exiger le montant sur les biens du mari qu'après le paiement d'un créancier de ce dernier ; la cour suprême a reconnu la validité de cette convention (1). Ce qui la différencie de la restriction de l'hypothèque légale, c'est d'abord qu'elle intervient dans l'intérêt d'un tiers comme les renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale, tandis que la restriction a lieu dans l'intérêt du mari; c'est ensuite qu'elle ne limite pas l'étendue de l'hypothèque, ne la cantonne pas sur certains immeubles et la laisse frapper tout le patrimoine immobilier du mari, à la différence de la restriction.

1020. Sous les conditions que nous avons déterminées, les parties jouissent de la faculté de restreindre par le contrat de mariage l'hypothèque légale de la femme. Il n'y a pas à se préoccuper du régime matrimonial par elles adopté. Elles peuvent adopter une semblable clause, alors même qu'elles auraient stipulé le régime dotal. On ne peut tirer aucune objection de l'impossibilité pour la femme dotale de renoncer à son hypothèque légale. La restriction diffère complètement de la renonciation; elle intervient, nous l'avons déjà dit, dans l'intérêt exclusif du mari. D'un autre côté, cette convention précède le mariage, comme le contrat de mariage, dont elle forme une partie intégrante; elle a donc lieu à une époque où

(1) Req., 25 janv. 1859, D., 59. 1. 407, S., 60. 1. 353. — *Sic* Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 42, III, 4e éd. p. 231, 5e éd. p. 391; Jouitou, *Restrict. à l'hyp. lég. de la femme*, 15. — *Contra* Guillouard, II, 812. — Cpr. Lyon, 30 mai 1844, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2595-2°, S., 44. 2. 449.

l'inaliénabilité de la dot n'est pas encore entrée en vigueur [1].

1021. Divers procédés peuvent être employés pour restreindre par le contrat de mariage l'hypothèque légale de la femme.

Les parties peuvent recourir au moyen de la *spécialisation*. Ce procédé consiste à désigner les immeubles qui demeureront grevés de l'hypothèque légale, tous ceux qui ne sont pas mentionnés dans la convention en étant par cela même affranchis.

Elles peuvent aussi procéder par voie d'exclusion [2]. On désigne les immeubles qui seront affranchis de l'hypothèque légale ; tous les autres y demeurent par cela même soumis.

Ces deux procédés ne conduisent pas aux mêmes résultats. En effet, quand on a recours à la voie de la spécialisation, tous les immeubles non désignés dans la convention demeurent affranchis de l'hypothèque légale, même les immeubles à venir ; tandis que, si l'on a procédé par la voie de l'exclusion, les immeubles présents non désignés et les immeubles à venir restent soumis à l'hypothèque [3].

Les parties pourraient aussi, au lieu de restreindre l'hypothèque légale pour tous les droits et créances de la femme, limiter l'effet de la convention à certaines créances par elles déterminées, par exemple à la dot et aux conventions matrimoniales [4]. Dans ce cas, l'hypothèque conserve son caractère de généralité pour toutes les créances qui ne sont pas comprises dans la convention [5].

[1] Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 231, 5e éd. p. 391 ; Guillouard, II, 813 ; Planiol, II, 2828 ; Surville, II, 720.

[2] Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 231, 5e éd. p. 391 ; Pont, I, 545, 546 ; Guillouard, II, 814 ; Planiol, II, 2828. — V. Merlin, *Rép.* v° *Inscript. hyp.*, § III, n. 19 ; Persil, I, sur l'art. 2141, IV.

[3] Pont, I, 545 et 546 ; Jouitou, *op. cit.*, 28 ; Planiol, II, 2828. — Paris, 29 mai 1819, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2601, S., 20. 2. 72. — Cpr. sur les devoirs du conservateur auquel est, dans ce cas, demandé un état des inscriptions, Bordeaux, 24 juil. 1863, S., 64. 2. 47 et sur pourvoi Civ. cass., 6 déc. 1865, D., 66. 1. 34, S., 66. 1. 117.

[4] Civ. rej., 18 août 1856, D., 56. 1. 365, S., 56. 1. 872.

[5] Troplong, II, 638 ; Duranton, XX, 58 ; Pont, I, 547 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 45, III, 4e éd. p. 231, 5e éd. p. 391 ; Guillouard, II, 814. — Cpr. Paris, 29 mai 1819, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2601, S., 20. 2. 72.

Il appartient d'ailleurs aux tribunaux de fixer, par interprétation de la volonté des parties, l'étendue de la clause par laquelle la femme consent à la restriction de son hypothèque légale [1].

1022. L'hypothèque légale, restreinte par l'un des deux moyens qui viennent d'être indiqués, ne cesse pas d'être dispensée d'inscription, en ce sens qu'elle produira ses effets alors même qu'elle ne serait pas inscrite [2]. Mais le mari est obligé, sous la sanction de l'art. **2136**, d'en faire opérer l'inscription, sauf bien entendu à la requérir seulement sur les immeubles qui restent assujettis (art. **2142**) [3].

Si la restriction avait eu lieu par voie de spécialisation, le mari devrait, dans les bordereaux, indiquer d'une façon précise les immeubles sur lesquels l'inscription est requise. Il y a là une dérogation à la règle édictée par l'art. **2148**, al. fin.

1023. Les parties, même majeures, ne pourraient pas, comme le proposait le projet [4], convenir que la femme n'aura d'hypothèque sur aucun des immeubles du mari [5]. On a craint sans doute que cette clause ne devînt de style dans les contrats de mariage.

C'est surtout dans un intérêt d'ordre public que cette garantie a été organisée par la loi. Dès lors on ne comprendrait pas que les parties pussent ainsi se soustraire à ses prescriptions. La disposition finale de l'art. **2140**, aux termes de laquelle « il ne pourra pas être convenu qu'il ne sera pris » aucune inscription » s'explique par cette considération.

La doctrine et la jurisprudence se montrent justement sévères en cette matière. Ce que les parties ne peuvent pas faire par une clause expresse, elles ne peuvent pas davantage le

(1) V. autorités citées à la note précédente. — Civ. rej., 18 août 1856, D., 56. 1. 365, S., 56. 1. 872.

(2) Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 233, 5e éd. p. 394; Guillouard, II, 822. — Civ. rej., 21 mai 1880, D., 80. 1. 377, S., 82. 1. 401.

(3) Monaco, *C. civ.*, art. 1982. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3307. — Haïti, *C. civ.*, art. 1909.

(4) Fenet, XV, p. 336-337.

(5) Dans l'Illinois, la femme peut, au cours du mariage, renoncer à son douaire sur les immeubles ou sur un des immeubles appartenant à son mari. *Act* du 29 mars 1872, art. 17, *Ann. de législ. étrang.*, II, p. 76.

faire indirectement. Or la femme atteindrait ce résultat si, dans le but d'éluder la loi, elle consentait à cantonner son hypothèque sur des immeubles d'une valeur insignifiante (1), ou manifestement inférieure au montant de ses reprises (2). Une pareille convention serait frappée de nullité comme contraire à l'art. 2140. Serait également entachée de nullité la clause par laquelle l'hypothèque légale de la femme serait cantonnée sur les immeubles du mari qu'elle désignerait pendant le mariage (3). Il en serait de même, pour le même motif, si le cantonnement était stipulé sur la part indivise du mari dans un immeuble. L'éventualité d'un partage ou d'une licitation, par l'effet duquel la femme serait exposée à voir évanouir son hypothèque lorsque l'immeuble serait attribué ou adjugé à l'un des copropriétaires du mari (4), suffit pour démontrer que cette convention peut équivaloir à une véritable abdication de toute hypothèque et pour justifier la solution. Un arrêt a cependant validé cette stipulation (5). Cette doctrine nous paraît pleine de dangers. Si, par l'effet du partage ou de la licitation, l'immeuble est attribué à l'un des copropriétaires du mari, la femme ne pourra pas invoquer son hypothèque sur un bien qui sera censé n'avoir jamais été la propriété de son mari. Si la convention était valable, le cantonnement équivaudrait à une véritable renonciation prohibée par l'art. 2140. Il faut donc, dans ce cas, prononcer la nullité de la restriction (6). La femme exercera son hypothèque sur les autres immeubles du mari au préjudice des tiers qui ont traité avec

(1) Duranton, XX, 57.

(2) Pont, I, 552.

(3) Nîmes, 4 mai 1888, D., 89. 2. 195, S., 89. 2. 238.

(4) V. Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241. — Req., 16 avril 1888, D., 88. 1. 249, S., 88. 1. 216. — En serait-il autrement si un tiers se portait adjudicataire ? N'y aurait-il pas lieu, si la licitation était un acte préparatoire du partage, de tenir compte de l'attribution ultérieure du prix ? V. en sens divers sur cette question vivement controversée : Civ. rej., 14 déc. 1887, D., 88. 1. 385, S., 89. 1. 194. — Toulouse, 30 juillet 1888, D., 89. 2. 25, S., 89. 2. 99. — Dijon, 20 mars 1889, S., 89. 2. 178, et sur pourvoi Civ. cass., 17 fév. 1892, D., 92. 1. 191. — Orléans, 25 juillet 1890, D., 91. 2. 238.

(5) Alger, 26 mai 1888, D., 89. 2. 77, S., 90. 2. 157. — Cpr. Huc, XIII, 283.

(6) Jouitou, *De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme*, 21; Aubry et Rau, § 264 *ter* texte et note 47 *bis*, 5e éd., p. 393; Guillouard, II, 821.

celui-ci sur la foi d'un cantonnement frappé d'inefficacité. C'est donc seulement dans le cas où l'immeuble sera adjugé au mari ou à un étranger, que la validité du cantonnement pourra être admise. C'est dans cette éventualité qu'est, au surplus, intervenu l'arrêt que nous citons. L'efficacité de la convention est donc fort incertaine. N'est-il pas à craindre ou que les tiers ne soient trompés ou que le crédit du mari ne subisse une grave atteinte? N'est-il pas plus sage de se prononcer en faveur de la nullité de la clause ainsi insérée dans le contrat de mariage?

1024. Nous serions même portés à admettre la nullité de la clause par laquelle la femme, en cantonnant son hypothèque légale, se réserverait la faculté, au cours du mariage, d'en affranchir les immeubles grevés pour la transférer sur d'autres biens jugés par elle suffisants. Notre démonstration est facile. L'hypothèque légale est établie par des considérations d'ordre public. Les époux ne peuvent pas, en l'absence d'un texte, déroger aux règles qui la régissent. Or, pendant le mariage, la réduction de l'hypothèque légale ne saurait avoir lieu par la seule volonté des époux et sans l'accomplissement des conditions imposées par les art. **2144** et **2145**. Il leur est donc interdit de s'attribuer, par le contrat de mariage, une faculté que le législateur leur refuse. La stipulation insérée dans ce but est nulle, parce qu'elle est contraire à la loi [1].

Le seul point véritablement litigieux est de savoir quelle est alors l'étendue de la nullité encourue. Frappe-t-elle toute la convention ou n'atteint-elle que la clause accessoire, par laquelle les parties se sont attribué le droit de transférer l'hypothèque légale sur d'autres immeubles? En faveur de la première opinion, Pont invoque l'indivisibilité de la convention [2]. A ses yeux la clause portant restriction de l'hypothè-

[1] Aubry et Rau, § 264 *ter* texte et note 46, III, 4e éd. p. 232, 5e éd. p. 392; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 163, § 796, note 13; Rodière, *Note* dans *Journ. du Palais*, 1855. 2. 546; Massé, *Note* dans S., 1852. 1. 189; Pont, I, 547; Jouitou, *op. cit.*, 22; Guillouard, II, 817-818. — Civ. cass., 5 mai 1852, D., 52. 1. 129, S., 52. 1. 189 et sur renvoi Lyon, 26 janv. 1854, D., 54. 2. 147, S., 54. 2. 245. — *Contra* Grenoble, 12 mars 1849, cassé par l'arrêt ci-dessus D., 49. 2. 186, S., 49. 2. 385.

[2] Pont, I, 548; *Notes* de MM. Rodière et Massé, citées à la note précédente; Thézard, 100; Guillouard, II, 819.

que légale et la clause autorisant le transfert forment les éléments inséparables d'un seul et même tout.

Nous inclinons en faveur de l'opinion contraire. Nous voyons bien deux conventions juxtaposées par la volonté des époux, mais il nous est impossible de voir le lien qui, en les rapprochant, en fonderait l'indivisibilité. Les parties ont voulu deux choses : restreindre l'hypothèque légale de la femme, autoriser son transfert des immeubles désignés sur d'autres immeubles. La première de ces clauses envisagée en elle-même est certainement valable, la seconde est sans aucun doute frappée de nullité. Pour que la nullité de cette dernière réagît sur la première, il faudrait qu'elles fussent la condition l'une de l'autre. Or rien ne démontre qu'il en soit ainsi. L'intérêt de la femme, qui, en cette matière, doit nous servir de guide, ne nous impose pas cette solution. C'est pourquoi nous croyons préférable de valider l'une des clauses et d'annuler l'autre [1], à moins que les parties en aient elles-mêmes établi l'indivisibilité [2].

Il faut cependant reconnaître que cette solution expose la femme à certains dangers. Elle a usé de la réserve faite par son contrat de mariage; elle a affranchi les immeubles sur lesquels son hypothèque légale avait été cantonnée et elle l'a transférée sur d'autres immeubles nouvellement acquis par le mari. Celui-ci en a profité pour aliéner les immeubles affranchis. Le tiers acquéreur a procédé à la purge des hypothèques non inscrites. Confiante dans la sûreté que lui offrait sa nouvelle garantie, la femme n'a pas fait inscrire son hypothèque; elle n'a pas fait valoir ses droits. Ils sont perdus. La femme est privée de toute sûreté. Elle a perdu son hypothèque sur les immeubles aliénés; elle n'a pas acquis de cause de préférence sur les nouveaux immeubles du mari. N'est-il pas plus juste d'annuler la convention pour le tout et de rétablir la femme dans tous ses droits, c'est-à-dire dans la généralité de son hypothèque ? L'objection est pressante. Il nous semble cependant qu'elle ne doit pas nous arrêter. Le danger

(1) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 46, III, 4e éd. p. 232-233, 5e éd. p. 392-393; Huc, XIII, 283. — Lyon, 26 janv. 1854, D., 54. 2. 147, S., 54. 2. 245.

(2) Jouitou, *De la restriction de l'hyp. lég. de la femme*, 22; Huc, XIII, 283.

que court la femme résulte non de la convention, mais du silence qu'elle a gardé dans la procédure de purge. Reconnaître la nécessité de cette procédure, c'est reconnaître que les immeubles ne sont pas affranchis par le seul effet de la translation de l'hypothèque, c'est reconnaître la nullité partielle de la convention. C'est la solution vers laquelle nous penchons après bien des hésitations.

1025. M. Thézard prévoit [1] le cas où les époux, en réduisant actuellement l'hypothèque légale, se réserveraient le droit de l'étendre à nouveau pendant le mariage, si cela semblait nécessaire. Il prononce la nullité de cette réserve comme contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, et il décide que la convention est nulle pour le tout. La réduction a été en effet subordonnée à une condition irréalisable.

Malgré la puissance de ces arguments, cette solution nous inspire les doutes les plus sérieux. En effet, le droit pour un créancier d'obtenir un supplément d'hypothèque, lorsque le gage est devenu insuffisant, est consacré en matière d'hypothèque conventionnelle par l'art. **2131** (V. aussi en ce sens art. **2164** pour le cas d'insuffisance d'évaluation des créances indéterminées). Il nous semble juste d'appliquer la même règle aux hypothèques légales, lorsqu'elles ont été spécialisées. Si le législateur ne s'en est pas expliqué, c'est que, l'hypothèque légale de la femme étant générale, tout supplément d'hypothèque est impossible. Mais du moment où, par l'effet du cantonnement, l'hypothèque légale se trouve spécialisée comme l'hypothèque conventionnelle ou même simplement restreinte par voie d'exclusion, il n'y a pas de motif pour ne pas la soumettre à la même règle. Aussi est-ce la solution généralement admise [2]. Or la clause qui nous occupe n'est

[1] Thézard, 100. — Cpr. Huc, XIII, 283.

[2] V. en ce sens sur la question de principe, qu'il s'agisse de la restriction ou de la réduction de l'hypothèque légale de la femme ou du mineur : Pont, I, 552; Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 233, 5e éd. p. 394, rapp. § 264 *bis*, texte et note 19, III, 4e éd. p. 212, 5e éd. p. 363; Jouitou, *op. cit.*, 103. — Paris, 10 janv. 1857, D., 57. 2. 125, S., 57. 2. 124. — Cpr. Grenoble, 18 janv. 1823, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2756, S., 33. 2. 457.

rien autre chose que la répétition et une répétition inutile d'une règle consacrée par la loi. Il nous paraît dès lors bien difficile d'en prononcer la nullité. Qu'importe que la règle soit ou ne soit pas formellement exprimée dans la convention? Dans tous les cas, elle recevra son application. Dès lors cette clause doit être sans influence sur la stipulation relative à la restriction de l'hypothèque légale. *Utile per inutile non vitiatur*. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne nous paraît pas de nature à recevoir ici son application. C'est non seulement en vertu de la volonté des parties, mais en vertu de la loi qu'a lieu cette extension de l'hypothèque légale, l'art. 1395 ne saurait y faire obstacle.

B. *Réduction.*

1026. La réduction de l'hypothèque légale qui n'a pas été cantonnée dès son origine ne peut avoir lieu que sous le contrôle de la justice et moyennant l'accomplissement de formalités qui nous sont indiquées par les art. 2144 et 2145.

« *Pourra pareillement le mari, du consentement de sa* » *femme et après avoir pris l'avis des quatre plus proches* » *parents d'icelle, réunis en assemblée de famille, demander* » *que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles, pour rai-* » *son de la dot, des reprises et conventions matrimoniales,* » *soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conserva-* » *tion entière des droits de la femme* » (art. 2144) [1].

« *Les jugements sur les demandes des maris et des tuteurs* » *ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur du* » *Roi, et contradictoirement avec lui. — Dans le cas où le* » *tribunal prononcera la réduction de l'hypothèque à certains* » *immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres seront* » *rayées* » (art. 2145) [2].

Les conditions déterminées par ces textes sont de rigueur. Les parties ne pourraient pas, même par contrat de mariage,

[1] Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 72. — Monaco, *C. civ.*, art. 1984. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1788. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3310-3313. — Haïti, *C. civ.*, art. 1911.

[2] Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 72. — Monaco, *C. civ.*, art. 1985. — Haïti, *C. civ.*, art. 1912.

se réserver la faculté de réduire ou de cantonner l'hypothèque légale sans observer les formalités prescrites [1].

1027. Les conditions exigées par la loi sont au nombre de cinq. Il faut :

1° Que l'hypothèque n'ait pas été restreinte par le contrat de mariage [2]. Cette première condition résulte de l'emploi du mot *pareillement*. La loi met sur la même ligne la réduction de l'hypothèque légale de la femme et la réduction de l'hypothèque légale du mineur. L'une et l'autre ne peuvent avoir lieu que dans des circonstances identiques. Or, aux termes de l'art. **2144**, l'hypothèque légale du mineur ne peut être réduite pendant la tutelle que si elle n'a pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur : donc il en est de même pour l'hypothèque légale de la femme ; la justice n'en peut autoriser la réduction que si elle n'a pas été restreinte avant le mariage et par le contrat de mariage (art. **2140**).

Mais la loi n'a pas prévu le cas où l'hypothèque légale aurait déjà été l'objet d'une première réduction pendant le mariage. Le texte ne s'oppose donc pas à ce que la justice en ordonne une seconde avec accomplissement des formalités prescrites par l'art. **2144**. Il serait contraire à la raison de la proscrire. Des circonstances nouvelles peuvent justifier une seconde demande. Cela peut se présenter moins lorsqu'on a procédé par voie de spécialisation que lorsqu'on a déterminé par exclusion les immeubles affranchis de l'hypothèque. Les biens à venir restent alors frappés et l'acquisition par le mari d'une fortune immobilière considérable pourrait donner au gage une importance excessive. Il nous semblerait juste d'autoriser alors une nouvelle demande en réduction [3].

2° Que les immeubles du mari aient une valeur notoirement supérieure à ce qui est nécessaire pour la sûreté des droits de la femme. Le rapprochement des art. **2144** et **2143** justifie cette condition comme la première ;

[1] Nîmes, 4 mai 1888, D., 89. 2. 195, S., 89. 2. 238.

[2] Aubry et Rau, § 282, texte et note 10 *bis*, III, 4e éd. p. 400, 5e éd. p. 652 ; Colmet de Santerre, IX, 115 *bis*-II.

[3] Aubry et Rau, § 282, texte et note 10 *bis*, III, 4e éd. p. 400, 5e éd. p. 652 ; Jouitou, *De la restrict. de l'hyp. légale de la femme*, 109 ; Guillouard, III, 1497.— Agen, 28 décembre 1887, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1566, S., 89. 2. 194.

3° Que la femme consente;

4° Que la demande soit précédée de l'avis d'une assemblée de famille composée exceptionnellement des quatre plus proches parents de la femme;

5° Que la demande soit formée contre le procureur de la République.

1028. Ces trois dernières conditions demandent seules des explications.

La première consiste dans le consentement de la femme. Le texte de l'art. **2144** est formel. On a cependant contesté ce point; on a prétendu que la réduction pouvait avoir lieu malgré la résistance de la femme (1). A l'appui de cette doctrine on invoque l'art. **2161**; on prétend y voir une disposition générale applicable à toutes les hypothèques portant sur l'universalité du patrimoine du débiteur. On en conclut que le mari peut invoquer le bénéfice de cet art., lorsque la femme refuse de consentir à la réduction de son hypothèque. La situation de celui-ci ne saurait être inférieure à celle de tout autre débiteur atteint par une hypothèque générale. Pour admettre la solution contraire, il faudrait un texte plus formel que l'art. **2144**.

C'est précisément sur le texte de cet article combiné avec l'art. **2140** que nous nous appuyons pour exiger le consentement de la femme. Il en résulte en effet que la restriction et la réduction de l'hypothèque légale de celle-ci ne peuvent jamais être que conventionnelles, et par suite sont subordonnées à son consentement. La loi a en effet prévu toutes les hypothèses susceptibles de se présenter : la restriction qui précède le mariage, la réduction opérée pendant sa durée. Il n'y a pas d'autre cas possible. Il est par cela même démontré que l'art. **2161** est étranger à l'hypothèque légale de la femme mariée. Or, dans toutes les hypothèses, la loi

(1) Duranton, XX, 208; Taulier, VII, p. 321; Jouitou, *De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme*, 65 s. — Paris, 16 juil. 1813, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2643, S., 14. 2. 33. — Paris, 25 avril 1823, *J. G.*, eod. v°, 2607, Dev. et Car., *Coll. nouv*, VII. 2. 201. — Nancy, 26 août 1825, *J. G.*, eod. v°, 2606-2°, S., 26. 2. 149. — C. de la Réunion, 11 mai 1861, D., 61. 2. 232, S., 61. 2. 468. — Trib. civ. Agen, 29 janv. 1891, *Pand. franç.*, 91. 2. 279.

exige le consentement de la femme. Par conséquent, la réduction de l'hypothèque légale ne peut être que conventionnelle. Cette solution est parfaitement logique dans le système de notre code. La loi veut protéger la femme. Elle lui permet, sous certaines conditions, de renoncer au bénéfice de la faveur qu'elle lui accorde, pourvu toutefois qu'elle ne compromette pas ses droits ; mais il n'y a pas de motifs pour lui imposer une réduction de son hypothèque, si elle croit insuffisante la sûreté ainsi diminuée (1).

1028 I. La femme peut mettre certaines conditions au consentement qu'elle donne ; l'efficacité de la réduction est alors subordonnée à l'accomplissement des conditions imposées (2).

Toutefois, il est indispensable que la volonté de la femme à cet égard soit manifestée d'une manière formelle, sauf le droit pour les juges de l'interpréter et d'en déterminer la portée (3).

1029. Malgré le silence de la loi, nous n'hésitons pas à admettre que la femme doit être majeure. Deux motifs justifient cette solution : d'une part, les mineurs ne peuvent pas

(1) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscrip. hyp.*, § III, n. 22; Grenier, I, 270; Persil, I, sur l'art. 2144, II; Rolland de Villargues, v° *Réduct. des hyp.*, 40; Martou, III, 942; Cubain, *Dr. des femmes*, 554; Troplong, III, 641; Pont, I, 559; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 205, § 812, note 15; Boileux, sur l'art. 2144; Aubry et Rau, § 282, III, 4e éd. p. 401, 5e éd. p. 653; Colmet de Santerre, IX, 115 *bis*-I; Thézard, 101; Guillouard, III, 1484-1485, cpr. 1471; Huc, XIII, 287; Beudant, II, 705. — Req., 9 déc. 1824, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2607-1°, S., 25. 1. 213. — Rouen, 3 fév. 1834, *J. G.*, eod. v°, 2607-3°, S., 34. 2. 584. — Rouen, 27 avril 1844, *J. G.*, eod. v°, 2607-4°, S., 44. 2. 315. — Rouen, 11 mars 1846, D., 46. 2. 182. — Paris, 1er avril 1848, D., 48. 2. 60, S., 48. 2. 224. — Paris, 31 mai 1851, D., 52. 2. 111, S., 51. 2. 357. — Limoges, 9 mars 1859, D., 59. 2. 155, S., 59. 2. 449. — Civ. cass., 2 juin 1862, D., 62. 1. 358, S., 62. 1. 661 et sur renvoi, Agen, 18 mars 1863, D., 63. 2. 51, S., 63. 2. 116. — Caen, 26 déc. 1867, D., 68. 2. 212. — Civ. rej., 23 juin 1868, D., 68. 1. 318, S., 68. 1. 393. — Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241.

(2) Aubry et Rau, § 282, III, 4e éd. p. 402, 5e éd. p. 655; Le Baron, *Etude sur l'hyp. lég. de la femme mariée*, 384; Clément, *Quest. prat. sur l'hyp. lég. de la femme mariée*, 38; Jouitou, *Restrict. de l'hyp. lég. de la femme mariée*, 49; Guillouard, III, 1493; Huc, XIII, 288. — Civ. cass., 2 juin 1862, D., 62. 1. 358, S., 62. 1. 661, et sur renvoi Agen, 18 mars 1863, D., 63. 2. 51, S., 63. 2. 116.

(3) Trib. civ. Le Puy, 1er mars 1888 (sous Cass., 4 mars 1891), D., 91. 1. 313. — Civ. rej., 18 juil. 1893, D., 94. 1. 113, S., 94. 1. 335. — Cpr. Agen, 16 février 1897, D., 97. 2. 447.

consentir aux actes qui rendent leur condition pire; la femme renonce aux avantages attachés à la généralité de son hypothèque; d'autre part, la majorité de la femme est exigée pour la validité de la restriction de l'hypothèque (art. 2140); à plus forte raison doit-il en être de même pour la réduction, qui a lieu pendant le mariage, à une époque où la femme n'est plus entourée des conseils de ses parents, où elle ne jouit plus de la même indépendance.

On objecte cependant que la réduction de l'hypothèque ne s'opère pas par le seul consentement de la femme, que l'intervention de la justice est une garantie suffisante contre sa faiblesse et son inexpérience.

On se méprend, nous semble-t-il, sur le rôle du tribunal. La décision qu'il rend n'a pour but que de constater l'accomplissement des formalités prescrites par la loi; elle ne modifie pas le caractère de la réduction, qui reste conventionnelle et ne devient pas judiciaire (1). Nous ne comprendrions pas enfin comment le mariage suffirait pour donner à la femme mineure une capacité qu'elle n'avait pas la veille. Mineure, elle ne pouvait pas, par son contrat de mariage, même avec l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage, consentir à la restriction de son hypothèque et une fois le mariage célébré elle deviendrait capable de consentir à la réduction. Le soin qu'a pris la loi d'exiger en outre l'avis d'une assemblée de famille composée suivant des règles spéciales nous prouve que le législateur n'a pas eu en vue la femme mineure (2).

1029 I. Mais dès qu'elle est majeure, elle peut valablement consentir. Il n'y a pas à tenir compte du régime matrimonial adopté par les époux. Même sous le régime dotal, la réduction de l'hypothèque légale est possible (3). Sans doute la femme

(1) Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241.

(2) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscrip. hyp.*, § III, n. 22; Duranton, XX, 67; Pont, I, 558; Aubry et Rau, § 282, III, 4e éd. p. 402, 5e éd. p. 654; Colmet de Santerre, IX, 115 *bis*-I; Jouitou, *De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme*, 61; Guillouard, III, 1492; Huc, XIII, 287; Planiol, II, 2829. — V. cep. Persil, I, sur l'art. 2144, IV.

(3) Troplong, II, 640; Aubry et Rau, § 282, III, 4e éd. p. 401, 5e éd. p. 654; André, 648; Guillouard, III, 1491; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville,

n'a pas alors la faculté de disposer de l'hypothèque, garantie de la restitution de sa dot; mais l'art. 2144 est général; il ne distingue pas; il autorise la femme à consentir, dans tous les cas, à la réduction de son hypothèque; il déroge donc, sur ce point spécial, aux règles ordinaires du régime dotal. La femme trouve du reste une protection suffisante dans les les autres garanties écrites dans la loi.

1030. L'incapacité de la femme peut être plus complète; elle est interdite et se trouve dans l'impossibilité d'avoir une volonté réfléchie et de donner un consentement éclairé. Cette situation fera-t-elle obstacle à la réduction de l'hypothèque demandée par le mari?

Il n'y a pas de difficulté si la femme a pour tuteur un étranger; mais si elle a pour tuteur son mari (il est même tuteur de droit, art. 506), l'opposition d'intérêts qui existe entre la femme et le mari nous conduit à exiger le consentement du subrogé tuteur. Nous établissons ainsi une grande différence entre le cas où la femme est mineure, et celui où elle est interdite. Dans la première hypothèse, la réduction de l'hypothèque est impossible; dans la seconde elle peut avoir lieu.

Mais cette différence s'explique par la situation des personnes. La femme mineure a été émancipée par son mariage : elle n'a plus de représentant légal; elle reste incapable, en vertu des principes généraux et de la disposition spéciale de l'art. 2144; au contraire, la femme interdite a un représentant légal; celui-ci peut accomplir, sous les conditions déterminées par la loi, tous les actes intéressant la femme interdite. Il peut donc, comme celle-ci en avait le droit, consentir à la réduction de l'hypothèque. Cette solution est d'ailleurs commandée par l'intérêt du mari. Lorsque sa femme est mineure, il lui suffira d'attendre quelques années pour obtenir son consentement. Au contraire, la durée de l'interdiction est indéfinie; elle n'a pas de terme certain connu d'avance et, à

III, p. 201, note 1; Huc, XIII, 287; Planiol, II, 2829; Surville, II, 721. — Aix, 28 juin 1824 et sur pourvoi Req., 20 avril 1826, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2625-1°, S., 26. 1. 439. — Montpellier, 17 déc. 1851, D., 52. 2. 188, S., 52. 2. 664. — Bordeaux, 4 août 1891, et sur pourvoi Civ. rej., 18 juill. 1893, D., 94. 1. 113, S., 94. 1. 335. — Cpr. Req., 6 nov. 1860, D., 61. 1. 84.

moins de refuser au mari l'exercice du droit écrit dans l'art. 2144, il faut se contenter du consentement du subrogé tuteur.

La cour de Caen se contente même d'un avis conforme de l'assemblée de famille dont nous allons parler et n'exige pas le consentement du subrogé tuteur [1]. Nous croyons qu'il y a là une méconnaissance des conditions exigées par l'art. 2144. Il en formule deux : 1° le consentement de la femme ; 2° l'avis de la famille. Or, en réclamant un avis conforme des parents, on exige plus que la loi ; mais on fait complètement abstraction du consentement de la femme, qui est cependant une condition essentielle puisqu'elle caractérise, comme nous le verrons, la réduction [2].

Si, sans être interdite, la femme était placée dans un établissement d'aliénés, le consentement devrait être donné par un mandataire spécial nommé par le tribunal [3].

1031. La loi exige, en outre, l'avis des quatre plus proches parents de la femme réunis en assemblée de famille. Il n'est pas indispensable que cet avis soit conforme à la demande du mari. C'est un élément d'information ; il éclairera le tribunal, il ne lie pas le juge, pas plus en notre matière que lorsqu'il s'agit de la réduction de l'hypothèque légale du mineur [4].

L'assemblée de famille, dont parle notre article, présente la plus grande analogie avec un conseil de famille. Elle en diffère cependant par le nombre des membres qui la composent ; elle en diffère aussi parce que cet avis, n'étant pas exécutoire,

[1] Caen, 7 fév. 1863, D., 63. 2. 74, S., 63. 2. 122. — Jouitou, *De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme*, 62.

[2] Aubry et Rau, § 282, note 17, III, 4e éd. p. 402, 5e éd. p. 655 ; Guillouard, III, 1486 ; Huc, XIII, 287.

[3] Boulanger et de Récy, I, 140 ; Jouitou, *loc. cit.* ; Guillouard, III, 1486. — Trib. civ. Nice, 16 mars 1863, *Journ. des conserv. des hyp.*, art. 1826. — Trib civ. Seine, 31 octobre 1894, *France judic.*, 95. 2. 94. — *Contra* Aubry et Rau, § 282, note 17 *in fine*, III, 5e éd. p. 655. D'après ces auteurs, il est nécessaire de poursuivre l'interdiction de la femme.

[4] Merlin, *Rép.*, vo *Inscrip. hyp.*, § III, n. 23 ; Persil, I, sur l'art. 2143, III ; Troplong, III, 642 *bis* ; Pont, I, 564 ; Aubry et Rau, § 282, note 12, III, 4e éd. p. 401, 5e éd. p. 653 ; Jouitou, *Restrict. de l'hyp. lég. de la femme mariée*, 42 ; Thézard, 101 ; Colmet de Santerre, IX, 115 *bis*-I ; Guillouard, III, 1487. — V. *infra*, II, 1201. — Civ. cass., 2 juin 1862, D., 62. 1. 358, S., 62. 1. 261. — Chambéry, 28 mars 1874 (motifs), *J. G. Suppl.*, vo *Priv. et hyp.*, 1568, S., 75. 2. 39.

n'est pas susceptible d'un recours devant la justice [1]. C'est au moment où le tribunal sera appelé à statuer qu'on pourra critiquer la composition de l'assemblée et les circonstances dans lesquelles l'avis a été émis [2].

Sous ces réserves, il faut appliquer à l'assemblée de famille les règles édictées pour les conseils de famille (art. 407 s.). Ainsi les quatre plus proches parents, dont parle la loi, sont les parents qui se trouvent dans la zone déterminée par l'art. 407 [3]. Bien que l'opinion contraire ait été émise, lors de la discussion, par le consul Cambacérès, nous nous refusons à donner de la loi une interprétation qui en rendrait l'application très difficile, peut-être même impossible, et apporterait des entraves à l'exercice du droit accordé au mari. Pour le même motif, l'assemblée pourrait, à défaut de parents, être composée d'alliés ou d'amis de la femme [4].

1032. Enfin il semble que la demande du mari doive être portée devant le tribunal du domicile des époux ou plutôt du domicile du mari et non devant le tribunal de la situation des biens [5]. Car il ne s'agit pas seulement de comparer la valeur des immeubles au montant de la créance garantie ; il faut aussi apprécier, au moins d'une manière approximative, le chiffre auquel s'élèvent les droits de la femme contre son mari.

1033. Contre qui et en quelle forme la demande en réduction doit-elle être introduite? Il est évident qu'elle ne peut pas l'être contre la femme. En effet, la réduction ne peut pas être prononcée sans le consentement de celle-ci. Elle ne sau-

(1) Aubry et Rau, § 282, note 12 *in fine*, III, 5e éd. p. 653; Guillouard, III, 1488. — Chambéry, 28 mars 1874, *J. G. Suppl.*, vo *Priv. et hyp.*, 1568, S., 75. 2. 39.

(2) Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier les irrégularités commises. — Trib. civ. du Puy, 1er mars 1888, D., 91. 1. 313.

(3) Malleville, sur l'art. 2144; Persil, I, sur l'art. 2144, VI; Aubry et Rau, § 282, note 13, III, 4e éd. p. 401, 5e éd. p. 653; Boulanger et de Récy, I, 139; Jouitou, *op. cit.*, 41; Guillouard, III, 1489; Huc, XIII, 287; Planiol, III, 2829. — Grenoble, 18 janv. 1833, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 2756, S., 33. 2. 457. — Agen, 28 déc. 1887, *J. G. Suppl.*, vo *Priv. et hyp.*, 1566, S., 89. 2. 194. — Trib. civ. du Puy, 1er mars 1888, D., 91. 1. 313. — *Contra* Troplong, II, 644; Pont, I, 561.

(4) Aubry et Rau, § 282, note 13 *in fine*, III, 4e éd. p. 401, 5e éd. p. 653-654. — Agen, 28 déc. 1887, cité note précédente.

(5) Persil, I, sur l'art. 2145, II; Pont, I, 562; André, 649; Aubry et Rau, § 282, note 14 *in fine*, III, 5e éd. p. 654. — *Contra* Guillouard, III, 1496.

rait donc être le contradicteur de son mari [1]. Il y a dans la cause un autre contradicteur ; c'est le procureur de la République, aux termes de l'art. 2145. C'est contre lui que la demande sera formée.

Mais faut-il procéder par voie d'assignation, comme en matière contentieuse ? Pont [2] résout cette question par l'affirmative. Nous ne croyons pas devoir nous rallier à cette opinion. La cour de cassation a décidé que l'intervention de la justice n'enlevait pas à la réduction de l'hypothèque son caractère conventionnel [3]. Du moment où il ne s'agit pas d'un véritable litige, il n'y a pas de motif pour procéder comme en matière contentieuse ; il n'y a pas de défendeur qu'on puisse ajourner ; le tribunal sera saisi par voie de requête communiquée au ministère public [4].

1034. La mission du tribunal est de s'assurer que toutes les conditions requises ont été remplies, que la femme a consenti, que la famille a été consultée et que la réduction laisse des garanties suffisantes pour l'exercice des droits de la femme. S'il en est ainsi, si toutes les prescriptions de la loi ont été observées, le tribunal ordonnera la réduction ; dans le cas contraire, il refusera de la prononcer.

Là s'arrête sa mission ; il n'aurait pas qualité pour modifier les accords des époux, il ne jouit pas, en notre matière, de la plénitude de juridiction qui lui appartient d'ordinaire ; la question dont il est saisi n'est pas une question contentieuse. Ce jugement ressemble donc beaucoup à un jugement d'homologation suivant les termes d'un arrêt [5].

Les auteurs admettent tous qu'il est susceptible d'appel [6]

(1) *Contra* Thézard, 101.

(2) Pont, I, 563. — Cpr. Troplong, II, 644.

(3) Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241.

(4) Clément, *Quest. prat. sur l'hyp. légale de la femme mariée*, 38 ; Aubry et Rau, § 282, note 14, III, 5e éd. p. 654. — Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241, et sur renvoi Agen, 28 déc. 1887, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1566, S., 89. 2. 194.

(5) V. les auteurs cités *supra*, II, p. 149, note 1, qui exigent le consentement de la femme. — Grenoble, 10 janv. 1833, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2756, S., 33. 2. 457. — Civ. cass., 2 juin 1862, D., 62. 1. 358, S., 62. 1. 661 et sur renvoi Agen, 18 mars 1863, D., 63. 2. 51, S., 63. 2. 116.

(6) V. les autorités citées note 3 de la page suivante.

sans même discuter la question ; mais cette solution nous paraît extrêmement douteuse ; l'appel est une voie de recours contre les jugements susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée (1) : il ne peut pas être dirigé contre les jugements qui ne statuent pas sur un véritable procès ; or, d'après la dernière jurisprudence de la cour de cassation, le jugement qui statue sur une demande en réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée n'est pas susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée (2). Ne faut-il pas en conclure qu'il ne peut être attaqué par la voie de l'appel ?

En admettant que ce jugement soit susceptible d'appel, on se demande si le procureur de la République a qualité pour exercer cette voie de recours. Les auteurs et la jurisprudence semblent d'accord pour lui reconnaître ce droit (3). Ils se fondent sur ce qu'aux termes de l'art. 2145, le jugement est rendu contradictoirement avec le procureur de la République. Ils en concluent qu'il est partie et même partie principale dans l'instance et justifient ainsi leur solution.

1035. Nous venons de dire que le jugement statuant sur la demande en réduction ne peut pas acquérir l'autorité de la chose jugée. Cette autorité ne s'attache qu'aux décisions rendues en matière contentieuse. Ici il n'y a pas de litige, de procès, puisque les deux époux consentent (4). De là cette

(1) Rousseau et Laisney, v° *Appel*, 4.

(2) Civ. cass., 9 mars 1886, cité *supra*.

(3) Troplong, II, 644 ; Pont, I, 565 ; Aubry et Rau, § 282, III, 4e éd. p. 401, 5e éd. p. 653-654 ; Debacq, *De l'act. du minist. public*, p. 287 ; Guillouard, III, 1490 ; Garsonnet et Cézar-Bru, I, § 207, note 2, p. 357 ; Planiol, II, 2829. — Civ. cass., 3 déc. 1844, D., 45. 1. 5, S., 45. 1. 14. — Grenoble, 7 août 1849, D., 50. 2. 157, S., 50. 2. 398. — Ces arrêts ont été rendus à une époque où l'on attribuait à la demande en réduction un caractère contentieux et au jugement une autorité de chose jugée que l'arrêt du 9 mars 1886 lui refuse formellement. — Cpr. Agen, 28 déc. 1887 (motifs), *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1566, S., 89. 2. 194. — *Contra* Grenoble, 18 janv. 1833, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2756, S., 33. 2. 457. — Rouen, 16 août 1843, D., 45. 2. 3, S., 44. 2. 76.

(4) Grenoble, 18 janv. 1833, cité à la note précédente. — Paris, 10 fév. 1857, D., 57. 2. 125, S., 57. 2. 124. — Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241. — Cpr. cep. Req., 6 nov. 1860, D., 61. 1. 84, S., 61. 1. 25. — Civ. cass., 28 avril 1875, D., 75. 1. 316. — Nîmes, 4 mai 1888, D., 89. 2. 195, S., 89. 2. 238. — V. aussi Boulanger et de Récy, I, 137 ; Flurer, *Note* dans D., 86. 1. 353 ; Guillouard, III, 1495 ; Planiol, II, 2830.

conséquence : La maxime *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* ne s'applique pas au jugement de réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée. C'est pourquoi la femme conserve le droit d'agir en nullité de la réduction soit à raison de l'inobservation des formalités prescrites par la loi [1], soit pour défaut de consentement valable [2]. L'annulation de la réduction ne pourrait cependant pas nuire aux tiers qui, sur la foi du jugement, auraient acquis des droits réels sur les immeubles affranchis. La question n'est pas du reste sans difficulté ; elle se rattache aux effets d'une radiation d'inscription opérée en vertu d'un acte ultérieurement annulé. Nous la retrouverons plus loin [3].

1035 I. Les conditions que nous venons de développer sont requises dans tous les cas où le mari veut obtenir la réduction de l'hypothèque légale de sa femme. Il n'y a pas à tenir compte du régime matrimonial adopté par les époux. La femme séparée de biens par contrat est soumise aux mêmes règles que la femme commune et il ne saurait en être autrement de la femme séparée de biens par jugement.

M. Guillouard [4] enseigne qu'il en est « différemment au-» jourd'hui au cas de séparation de biens résultant de la sépa-» ration de corps, puisque la loi du 6 février 1893, devenue » l'art. 311 nouveau du code civil, déclare que la séparation » de corps restitue à la femme *le plein exercice de sa capa-» cité, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de » son mari ou de justice* ».

Nous ne pouvons accepter cette théorie. La loi du 6 février

[1] Civ. cass., 2 juin 1862, D., 62. 1. 358, S., 62. 1. 661 et sur renvoi Agen, 18 mars 1863, D., 63. 2. 51, S., 63. 2. 116. — Civ. cass., 26 avril 1864, D., 64. 1. 181, S., 64. 1. 396 et sur renvoi Montpellier, 30 nov. 1864, D., 65. 2. 216, S. (10 déc.), 65. 2. 143. — Civ. cass., 9 mars 1886, cité note précédente. — Agen, 28 déc. 1887, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1566, S., 89. 2. 194. — Nîmes, 4 mai 1888, D., 89. 2. 195, S., 89. 2. 238. — *Contra* Nîmes, 5 août 1862, D., sous Cass., 26 avril 1864, cité *supra*, S., 63. 2. 402, cassé par l'arrêt du 26 avril 1864, cité *supra*.

[2] Paris, 10 fév. 1857, D., 57. 2. 125, S., 57. 2. 124. — Civ. cass., 9 mars 1886, cité *supra*. — Cpr. sur le principe, en matière d'adoption, Civ. cass., 10 fév. 1892, D., 92. 1. 329.

[3] V. *infra*, III, 1892 s. — V. sur ce sujet Guillouard, III, 1501.

[4] Guillouard, III, 1492. — Paris, 16 mai 1902, D., 03. 2. 225 (*Note* de M. Claro), S., 03. 2. 169 (*Note* de M. Perreau).

1893 n'a eu pour but que de dispenser la femme séparée de corps de l'obligation d'obtenir une autorisation de son mari ou de justice dans les cas où cette autorisation était nécessaire pour l'habiliter à accomplir un acte de la vie civile. Or, dans le cas de réduction de l'hypothèque légale, il ne s'agit pas d'habiliter la femme. La justice n'intervient pas pour l'*autoriser,* mais pour vérifier si les conditions exigées pour la réduction sont réunies. Du moment où il ne s'agit pas d'*autorisation,* la loi de 1893 ne peut plus s'appliquer (1). La femme séparée de corps reste une femme mariée; elle est investie d'une hypothèque légale; la réduction ne peut en être opérée que dans les conditions déterminées par les art. 2144 et 2145. L'intervention de la famille par l'avis de quatre de ses membres, l'intervention du ministère public et du tribunal restent nécessaires.

1036. Comme la restriction opérée par le contrat de mariage, la réduction consentie par la femme et sanctionnée par justice affranchit de l'hypothèque légale les immeubles qu'elle a pour objet d'y soustraire. Mais comme les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165), elle ne saurait préjudicier aux tiers. Elle ne portera donc aucune atteinte aux droits que les tiers auraient antérieurement acquis par suite d'une subrogation à l'hypothèque légale de la femme (2). Les subrogés conserveront le droit d'invoquer cette hypothèque sur les immeubles affranchis non seulement à l'égard des créanciers auxquels le mari les aurait ultérieurement affectés par hypothèque, mais encore à l'égard des tiers acquéreurs qui les auraient acquis dans les mêmes conditions. Mais il faudrait qu'ils eussent rempli les conditions de publicité que nous ne tarderons pas à déterminer.

Les tiers, qui traitent avec le mari après le jugement ordonnant la réduction, n'ont pas à craindre qu'on leur oppose l'hypothèque légale sur les immeubles affranchis. Il impor-

(1) Bufnoir, *Ann. de législ. franç.*, XIII, p. 61. — Trib. civ. Mayenne, 14 nov. 1902, D., 03. 2. 225 (*Note* de M. Claro).

(2) Aubry et Rau, § 282, III, 4e éd. p. 402, 5e éd. p. 656; Jouitou, *De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme,* 60; Guillouard, III, 1497. — Bordeaux, 10 août 1853, D., 54. 2. 26, S., 54. 2. 98.

terait peu que la sûreté fût devenue insuffisante, ou même qu'elle le fût dès le moment auquel interviennent le consentement de la femme et le jugement de réduction, pourvu toutefois que le consentement de la femme ne fût pas infecté d'un vice de nature à faire prononcer la nullité de la convention. Les immeubles sur lesquels l'hypothèque légale a été cantonnée périssent, le mari en est évincé; les droits de la femme s'accroissent de reprises nouvelles. Ces diverses circonstances ne seront pas prises en considération. L'hypothèque légale a été réduite; elle ne peut plus recouvrer de plein droit son ancienne généralité; elle ne peut plus être exercée sur des immeubles qui en ont été affranchis [1].

La jurisprudence a même appliqué cette règle au cas où le gage est devenu insuffisant par suite de la découverte d'une reprise, qui n'avait pas été indiquée et que la femme ne connaissait pas [2]. Cette solution nous paraît extrêmement douteuse, car elle semble être une conséquence de la théorie qui reconnaît au jugement de réduction l'autorité de la chose jugée et le soumet à la maxime *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*. L'arrêt de la chambre des requêtes affirme formellement cette doctrine. Or nous avons démontré que la réduction, quoique ordonnée par justice, conserve son caractère conventionnel. Ne peut-on pas soutenir que le consentement de la femme a été alors vicié par une erreur substantielle et que par suite il y a lieu de prononcer la nullité de la réduction ? Cette annulation produirait les effets que nous avons déjà indiqués d'un mot.

En dehors de ce dernier cas, il n'y aurait pas lieu de distinguer entre les acquéreurs ou les créanciers hypothécaires postérieurs et les acquéreurs ou créanciers antérieurs au

[1] Aubry et Rau, § 282, texte et notes 21 s., III, 4e éd. p. 402-403, 5e éd. p. 656; Pont, I, 553; Le Baron, *Etude sur l'hyp. lég. de la femme mariée*, 383; Clément, *Quest. prat. sur l'hyp. lég. de la femme mariée*, 38; Jouitou, *Restrict. de l'hyp. lég. de la femme mariée*, 97-98, 104; Guillouard, III, 1499. — Limoges, 9 mars 1850, D., 53. 2. 205, S., 53. 2. 300. — Montpellier, 17 décembre 1851, D., 52. 2. 188, S., 52. 2. 664. — Req., 6 nov. 1860, D., 61. 1. 84, S., 61. 1. 25.

[2] Aubry et Rau, § 282, texte et note 21, III, 4e éd. p. 403, 5e éd. p. 656. — Limoges, 9 mars 1850, D., 53. 2. 205, S., 53. 2. 300. — Req., 6 nov. 1860, D., 61. 1. 84, S., 61. 1. 25.

jugement. La réduction n'est pas annulée; elle a produit ses effets à l'égard des uns aussi bien qu'à l'égard des autres; ces effets sont définitivement acquis; et tous, quelle que soit la date de la naissance de leurs droits, peuvent s'en prévaloir [1].

1037. Ce n'est pas à dire cependant que les effets de la réduction soient irrévocables [2]. Tout au contraire, les dispositions peuvent en être modifiées, si les circonstances viennent à changer. Si, par exemple, la sûreté se trouve insuffisante, soit par la diminution de valeur des immeubles du mari, soit par l'augmentation des reprises de la femme, ou bien si, à l'inverse, on avait procédé par voie d'exclusion et que le mari fût appelé à recueillir une fortune immobilière importante, il y aurait lieu, dans le premier cas, à un supplément d'hypothèque (arg. art. **2131**), qui pourrait aller jusqu'au rétablissement de l'hypothèque générale [3], et, dans le second, à une nouvelle réduction de l'hypothèque [4].

Il est seulement bien entendu que cette hypothèque supplémentaire ne produira d'effets que pour l'avenir et ne pourra être opposée ni aux tiers acquéreurs, ni aux créanciers hypothécaires antérieurs du mari [5].

1037 I. La restriction ou la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée ne modifie pas le caractère de la sûreté qui est attribuée à celle-ci par la loi, et ne lui enlève le

[1] Montpellier, 17 déc. 1851, *supra cit.* — Aubry et Rau, *loc. cit.;* Guillouard, III, 1500.

[2] Espagne, *L. hyp.*, art. 163. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2054.

[3] Grenier, I, 269; Duranton, XX, 59; Pont, I, 552, 557, II, 709; Aubry et Rau, § 282, texte et note 24, III, 4e éd. p. 403, 5e éd. p. 657; Colmet de Santerre, IX, 115 *bis*-III; Jouitou, *De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme,* 95, 101 et 107; Le Baron, *Et. sur l'hyp. lég. de la femme mariée,* 394; Clément, *Quest. prat. sur l'hyp. lég. de la femme mariée,* 38; Beudant, II, p. 170, note 1. — Rouen, 6 juil. 1840, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2617, S., 40. 2. 537. — Paris, 10 fév. 1857, D., 57. 2. 125, S., 57. 2. 124. — Il en serait autrement, s'il ne s'était produit aucune des modifications que nous avons citées. Paris, 30 août 1873 et sur pourvoi Civ. cass., 28 avril 1875 (rej. sur ce point), D., 75. 1. 316, S., 75. 1. 304.

[4] *Supra,* II, 1027.

[5] Aubry et Rau, § 282, texte et notes 21-23, III, 4e éd. p. 402-403, 5e éd. p. 656; Guillouard, III, 1499. — Limoges, 9 mars 1850, D., 53. 2. 205, S., 53. 2. 300. — Montpellier, 17 déc. 1851, D., 52. 2. 188, S., 52. 2. 664. — Req., 6 nov. 1860, D., 61. 1. 84, S., 61. 1. 25. — Agen, 16 fév. 1897, D., 97. 2. 447, S., 97. 2. 128.

bénéfice ni de la dispense d'inscription, ni des règles spéciales qui régissent l'inscription de cette hypothèque en vertu des art. 2148, al. dernier, et 2153 [1]. La femme pourra donc se prévaloir de cette garantie, quoique aucune inscription n'ait été requise ; mais elle ne pourra l'invoquer que dans la mesure où elle lui appartient, telle qu'elle a été restreinte ou réduite par la convention et par le jugement qui la sanctionne. Il importe peu qu'on ait procédé par voie d'exclusion ou par voie de spécialisation. L'art. 2145 décide bien que, dans le cas où la réduction a eu lieu par voie de spécialisation, l'inscription sera rayée sur les autres immeubles du mari. Mais cette radiation n'est pas une condition requise pour l'efficacité de l'opération. Nous estimons que les tiers ultérieurement subrogés dans l'hypothèque légale de la femme ne pourraient pas l'exercer avec son étendue originaire.

1037 II. Nous avons vu aussi que, si l'hypothèque légale, ainsi restreinte ou réduite, devenait, par suite des circonstances, insuffisante, la femme avait le droit d'en demander l'extension sur de nouveaux immeubles. La détermination de ces biens désormais grevés peut être faite par convention ou par jugement. L'efficacité de ce supplément de garanties est-elle subordonnée à la condition d'une inscription régulièrement requise ?

Il nous paraît impossible de l'exiger si aucune publicité n'a été réalisée, si ni l'hypothèque légale avec son étendue légale, ni la restriction, ni la réduction n'ont été publiées et portées à la connaissance des tiers. Sans doute ceux-ci ont pu être trompés par le mari qui leur a communiqué la restriction ou la réduction et qui leur a dissimulé l'acte qui a donné une plus grande extension à l'hypothèque légale. Mais c'est un fait auquel la femme est demeurée étrangère et il semble impossible, à moins de la priver du bénéfice de la dispense d'inscription, de lui faire supporter les conséquences d'une fraude à laquelle elle ne s'est pas associée.

La question devient beaucoup plus difficile lorsqu'après

[1] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § III, n. 23 ; Troplong, II, 644 *ter* ; Aubry et Rau, § 282, III, 4e éd. p. 404, 5e éd. p. 657 ; Thézard, 101 ; Guillouard, III, 1502. — V. *supra*, II, 1022.

une restriction ou une réduction opérée par voie de spécialisation, le mari a pris soin de faire inscrire l'hypothèque légale sur les immeubles qui en demeurent affectés. Il semble juste d'exiger la même publicité en ce qui concerne les nouveaux immeubles grevés [1].

Cette solution serait indiscutable si la restriction ou la réduction de l'hypothèque légale avait pour résultat de transformer le titre de la femme et de lui enlever les avantages qu'elle doit à la pensée protectrice du législateur. Mais nous venons de dire qu'il n'en est pas ainsi, que l'hypothèque reste une hypothèque légale, que si l'inscription doit renfermer la spécialisation du gage contrairement à la disposition finale de l'art. 2148, il n'est pas cependant nécessaire d'y insérer l'évaluation des créances indéterminées ; nous avons aussi conclu que l'inscription n'était pas une condition requise pour son efficacité à l'égard des tiers. Comment cette situation serait-elle modifiée par cette circonstance que le mari a fait inscrire l'hypothèque ainsi spécialisée? La femme peut ignorer qu'une inscription a été requise. On ne voit pas comment elle subirait les conséquences de la fraude que le mari a commise à l'égard des tiers. Enfin si l'inscription est nécessaire, elle déterminera le rang de l'hypothèque. N'est-il pas plus conforme à la volonté du législateur de décider que l'hypothèque prendra rang à la date de l'acte, convention ou jugement, qui l'a étendue à de nouveaux immeubles? N'est-ce pas le cas d'appliquer cette formule qui termina la discussion au conseil d'Etat : que la sûreté de la femme et du mineur serait préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs [2].

La question est cependant très délicate. Car les tiers n'ont, en dehors de la publicité, aucun moyen de connaître les actes qui ont modifié les conventions par lesquelles l'hypothèque légale de la femme a été restreinte ou réduite. Ils devront se défier des affirmations du mari, des pièces qu'il pourra leur produire. Sans doute ils pourront interroger la femme. Si

(1) Duranton, XX, 59; Jouitou, *De la restrict. de l'hypoth. lég. de la femme*, 98.
(2) Cpr. Persil, I, sur l'art. 2140, VI. — Cpr. cep. Agen, 16 fév. 1897, D., 97. 2. 447, S., 97. 2. 128. — Huc, XIII, 288.

celle-ci les induisait en erreur, elle serait assurément passible de dommages-intérêts ; peut-être même serait-on porté à décider, si sa déclaration avait été consignée dans un acte authentique et si elle est capable, qu'elle a ainsi renoncé à se prévaloir de son hypothèque légale au préjudice des tiers contractants sur les immeubles qu'elle en a déclarés affranchis. Mais, on le voit, la seule sauvegarde des tiers réside dans une renonciation et mieux encore dans une subrogation à l'hypothèque légale. On compromet ainsi les intérêts de la femme en exagérant la protection dont on prétend les entourer.

Cette observation, sur laquelle nous ne voulons pas insister plus longuement, prouve l'erreur commise par les membres du congrès de la propriété bâtie, lorsqu'ils ont affirmé que l'application des art. 2140 et 2144 produit les effets de la loi belge et les mêmes effets que les dispositions du projet de réforme hypothécaire [1]. Si les art. 2140 s. permettent de prévenir les inconvénients de la généralité de certaines hypothèques légales, ils n'offrent aucun remède contre la clandestinité de ces hypothèques.

1037 m. Observons, en terminant, que l'art. 2144 ne peut recevoir d'application que pendant le mariage. La dissolution de l'union conjugale a pour effet de soumettre les parties au droit commun et de leur conférer le droit de modifier et de restreindre la garantie hypothécaire sans être tenus d'observer les formalités de l'art. 2144. C'est la situation créée par le mariage qui explique et justifie les dispositions de ce texte. Le mariage dissous, elles n'ont plus de raison d'être [2].

V. *De la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.*

1038. Cette convention a été imaginée par les praticiens pour donner aux tiers qui traitent avec le mari toute sécurité et toute garantie. L'hypothèque légale de la femme mariée est générale : elle grève tous les biens immobiliers présents

[1] V. *supra*, I, *La réforme*, p. LXXIV.
[2] Beudant, II, 706.

et à venir du mari (art. 2122). Le crédit du mari peut en souffrir. Veut-il emprunter de l'argent sur hypothèque? Le prêteur ne manquera pas d'objecter que l'hypothèque qu'on lui offre constitue une garantie insuffisante, primée qu'elle est par l'hypothèque légale de la femme, qui, pour certaines ou même beaucoup des créances auxquelles elle est attachée, prend rang à compter de la célébration du mariage (art. 2135). Le mari veut-il vendre un de ses immeubles? Il réalisera difficilement cette opération : ici encore l'hypothèque légale de la femme apparaît menaçante ; l'acquéreur y voit, non sans raison, une cause possible d'éviction.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que l'entrave apportée par l'hypothèque légale au crédit du mari est d'autant plus lourde que la femme est plus riche; car ses reprises, et par suite l'étendue de son hypothèque, croîtront ordinairement en raison directe de sa fortune.

Existe-t-il un moyen légal pour la femme qui veut fortifier le crédit de son mari de rassurer les tiers avec lesquels celui-ci veut traiter? La femme peut-elle à cet effet renoncer à son hypothèque légale au profit des acquéreurs ou des prêteurs, ou leur en transmettre le bénéfice par voie de subrogation?

1038 I. Le droit romain semble avoir connu les renonciations extinctives (1), bien que certaines restrictions aient été apportées à la liberté de la femme (2).

Quant à la renonciation faite au profit d'un tiers, elle était valable en principe, mais elle pouvait être frappée d'inefficacité par application du sénatusconsulte Velléien si elle constituait une *intercessio*. La femme toutefois pouvait conférer une hypothèque sur sa propre hypothèque conformément au droit commun (3).

Dans notre ancienne jurisprudence, la femme restait atteinte par l'incapacité résultant du sénatus-consulte Velléien, là où il demeura en vigueur.

(1) L. 11, D., *De pignor. et hyp.* (XX, 6) ; L. 11, C., *Ad sc. Vell.* (IV, 29).

(2) L. 23, C., *Ad. sc. Vell.* (IV, 29), L. 1, § 15, C., *De rei uxor. act.* (V, 13).

(3) V. sur ce sujet Schilling, *Dr. de gage et d'hyp.* (trad. Pellat), § 18; Jourdan, *L'hypoth.*, ch. XXXIX ; L. et A. Mérignhac, *Introd.*, III-VII.

Mais lorsqu'il perdit toute autorité dans les pays coutumiers, la femme recouvra la liberté, pourvu qu'elle fût autorisée régulièrement, de disposer de son hypothèque soit par une renonciation extinctive, soit par une convention translative [1].

Sur ce point, le législateur du code civil était resté muet, et son silence avait fait naître des doutes.

1039. Quelques-uns considéraient ce silence comme décisif. Un texte, disaient-ils, serait nécessaire pour autoriser la femme à se dépouiller de garanties qui lui ont été accordées par des considérations d'ordre public (arg. art. 6).

Cette solution trouvait un autre point d'appui dans le rapprochement de l'art. 2144. L'acte, par lequel la femme subroge un tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale, présente, disait-on, une incontestable analogie avec la réduction de cette hypothèque. N'est-il pas juste et conforme à la volonté du législateur de soumettre ces deux actes à la même règle et d'exiger, dans tous les cas, l'intervention de la justice? C'est du reste le seul moyen de protéger efficacement la femme contre sa faiblesse, son inexpérience ou son incapacité. La nécessité d'une autorisation maritale n'est pas pour elle une garantie suffisante. L'intervention de la justice sauvegardera seule ses intérêts.

D'autres soutenaient que ce qui est interdit à la femme, même par contrat de mariage et à plus forte raison pendant le mariage, c'est la renonciation pure et simple à son hypothèque légale, c'est la restriction ou la réduction de cette hypothèque sans l'observation des formalités prescrites par la loi, c'est, en un mot, la convention qui éteint pour le tout ou pour partie au profit du mari une garantie que la loi a jugée indispensable [2]. Mais la subrogation à l'hypothèque légale n'intervient pas en faveur du mari. Elle n'éteint pas l'hypothèque. Elle en transmet le bénéfice à un tiers. Pourquoi interdire cette convention ?

La femme dûment autorisée est pleinement capable de

[1] V. Pothier, *Pr. civ.*, 588.
[2] Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 71.

s'engager envers les tiers, et en s'obligeant elle oblige tous ses biens; elle est pleinement capable aussi d'aliéner ses biens, même à titre gratuit. Par quelle secrète raison ne pourrait-elle pas aliéner au profit d'un tiers le bénéfice de son hypothèque légale?

Cette dernière opinion paraissait triompher en doctrine et en jurisprudence.

1040. Quoi qu'il en soit de cette controverse qui n'a plus qu'un intérêt historique, la légalité de la convention par laquelle la femme renonce à son hypothèque légale, soit au profit d'acquéreurs d'immeubles de son mari ou de créanciers de celui-ci, soit au profit de ses créanciers personnels et en transmet à ces personnes le bénéfice par voie de subrogation, a été législativement consacrée par les art. 8 et 20 du décret du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier, qui la mentionnent expressément, et par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 qui porte :

« *Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque* » *légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation* » *doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires* » *n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de* » *cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de* » *la subrogation en marge de l'inscription préexistante.*

» *Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre* » *dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations* » *exercent les droits hypothécaires de la femme* » (1).

A ce texte, la loi du 13 février 1889, intitulée : *Loi portant modification de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855,* a ajouté une disposition ainsi conçue :

« *La renonciation par la femme à son hypothèque légale* » *au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypo-* » *thèque en emporte l'extinction et vaut purge à partir, soit* » *de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation* » *y est contenue, soit de la mention faite en marge de la* » *transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été* » *consentie par acte authentique distinct.*

(1) Monaco, *C. civ.*, art. 1979. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2127.

» *Dans tous les cas, cette renonciation n'est valable et ne* » *produit les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un* » *acte authentique.*

» *En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par* » *la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son* » *concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule, soit comme* » *covenderesse, soit comme garante ou caution de son mari.*

» *Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur* » *le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix* » *ou la partie du prix par lui payé de son consentement et* » *sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires.*

» *Le concours ou le consentement donné par la femme, soit* » *à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle* » *du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou par-* » *tielle, emporte même, à due concurrence, subrogation à* » *l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'ac-* » *quéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs* » *en rang; mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux* » *tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale* » *de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que* » *l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du para-* » *graphe 1er du présent article.*

» *Les dispositions qui précèdent sont applicables à la Gua-* » *deloupe, à la Martinique et à la Réunion* » (1).

1041. Ces textes ont résolu la plupart des difficultés qu'avait fait naître le silence ou l'obscurité de la législation précédente. Le but principal qu'on s'est proposé paraît avoir été : 1° de régulariser le mode de constatation des cessions de l'hypothèque légale de la femme ou des renonciations à cette hypothèque; 2° d'organiser un mode de publicité pour porter ces cessions ou renonciations à la connaissance des tiers; 3° de déterminer l'étendue des droits que ces cessions ou renonciations font naître au profit de ceux qui les ont obtenues.

Nous aurons à rechercher successivement dans quel cas la

(1) Un décret du 23 mars 1889 a rendu la loi du 13 fév. 1889 applicable aux colonies qui y sont indiquées.

femme est autorisée à céder son hypothèque légale ou à y renoncer, quelles sont les diverses variantes de la convention par laquelle la femme transmet à un tiers le bénéfice de son hypothèque légale, en quelle forme cette convention doit être faite, comment elle doit être rendue publique et quels en sont les effets.

A. *Dans quel cas la femme est autorisée à céder son hypothèque légale ou à y renoncer.*

1042. L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 donne à entendre que la femme ne peut pas toujours céder son hypothèque légale ou y renoncer. La loi dit : « *Dans le cas* où les femmes » peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer... » Il y a donc des cas où elles ne le peuvent pas. Quels sont ces cas ? L'article ne les indique pas, et il a été positivement expliqué, lors de la confection de la loi, que l'on entendait ne pas innover sur ce point. C'est donc aux règles du droit commun qu'il faut se référer ; or voici où elles conduisent.

En premier lieu la femme doit être majeure. La subrogation à l'hypothèque légale est un acte grave ; elle peut compromettre pour partie ou même en totalité le recouvrement des reprises ; c'est donc un acte qui excède la capacité de la femme mineure émancipée par le mariage [1].

Il est à peine utile d'ajouter que la cession ou la renonciation ne sera valable que moyennant l'autorisation du mari ou de la justice, conformément au droit commun [2], à moins que la femme ne soit séparée de corps (art. 311 nouveau) [3] ou qu'elle ne soit marchande publique et ne s'oblige pour les besoins de son commerce [4].

1042 I. La subrogation sera un acte à titre onéreux ou à titre gratuit suivant qu'elle sera ou non la condition du contrat intervenu entre le mari et le subrogé ou des concessions

[1] L. et A. Mérignhac, 32, 192; André, 1074; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 1, 5e éd. p. 751; Huc, XIII, 292. — Cpr. Beudant, II, p. 289, note 1.

[2] L. et A. Mérignhac, 31; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 462, 5e éd. p. 751.

[3] L. et A. Mérignhac, 41.

[4] L. et A. Mérignhac, 54.

nouvelles faites par ce dernier. Les conditions d'exercice de l'action paulienne varieront donc suivant les cas [1].

1043. Cela ne suffit pas, il faut en outre que la femme ait, d'après son contrat de mariage, le droit de disposer de sa dot et de l'hypothèque qui en est l'accessoire et la garantie.

Si la dot est aliénable d'après les conventions matrimoniales, la femme peut consentir au profit d'un tiers, avec pleine efficacité, une cession de son hypothèque légale ou une renonciation à cette même hypothèque, en un mot une *subrogation* dans son hypothèque légale : cette expression, que nous emploierons désormais, comprend à la fois le cas de *cession* et celui de *renonciation*. En effet, la femme pourrait, dans cette hypothèse, aliéner valablement sa dot et ses autres créances contre son mari ; elle doit donc pouvoir aussi se dépouiller des garanties qui en assurent à son profit la restitution ou le paiement [2].

Ainsi la femme mariée sous un régime de communauté [3], sans communauté ou séparée de biens [4], pourra subroger un tiers dans son hypothèque légale.

Si au contraire la dot est inaliénable pour le tout ou pour partie, la subrogation que la femme consentira dans son hypothèque légale sera inefficace, en tant qu'elle pourrait compromettre la restitution de la dot ou de la partie de la dot inaliénable, c'est-à-dire que, malgré la subrogation, la femme pourra exercer son hypothèque légale au préjudice du subrogé, mais seulement pour la restitution de la dot ou de la partie de la dot inaliénable, la subrogation demeurant efficace pour le surplus. La raison en est que la femme ne peut pas faire indirectement ce qu'il lui est défendu de faire directement : ne pouvant aliéner directement sa dot inaliénable, la femme ne peut pas l'aliéner indirectement en se dépouillant

(1) Guillouard, IV, 1784. — Bordeaux, 23 février 1888 (avec Cass.), S., 89. 1. 357.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 1 *ter*, III, 4e éd. p. 462, 5e éd. p. 751 ; L. et A. Mérignhac, 32, 192. — Paris, 15 mai 1816, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 952, S., 17. 2. 52.

(3) Civ. rej., 24 janvier 1838, S., 38. 1. 97. — Req., 30 juillet 1845, D., 45. 1. 332, S., 45. 1. 711.

(4) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 1 *ter*, III, 4e éd. p. 462, 5e éd. p. 751 ; L. et A. Mérignhac, 32, 192. — Nîmes, 5 août 1862, D., 63. 2. 29, S., 62. 2. 402.

de l'hypothèque légale qui en garantit la restitution. La loi, qui interdit à la femme l'aliénation de sa dot, lui interdit implicitement les actes qui peuvent, le cas échéant, équivaloir à une aliénation ; or il en est ainsi de la renonciation à l'hypothèque légale ou de la cession de cette même hypothèque qui peut, en certains cas, de même qu'une aliénation, entraîner la perte de la dot. L'art. 20 du décret du 28 février 1852 consacre expressément cette application des principes [1].

1044. Faisons l'application de cette règle. Une femme mariée sous le régime dotal consent au profit d'un tiers, qui prête des fonds à son mari, une subrogation dans son hypothèque légale ; cette subrogation est-elle valable ? Cela dépend.

Si les époux ont adopté purement et simplement le régime dotal, sans insérer dans leur contrat aucune clause relative à l'aliénation de la dot, la subrogation dans l'hypothèque légale sera inefficace, en tant que cette hypothèque garantit la restitution de la dot immobilière, inaliénable aux termes de l'art. 1554, et même en tant qu'elle garantit la restitution de la dot mobilière, si l'on admet avec la jurisprudence que la dot mobilière est inaliénable [2]. La femme pourrait donc user de son hypothèque au préjudice du subrogé pour obtenir la restitution de sa dot inaliénable. Pour le surplus, la subrogation produirait ses effets : par exemple, si la femme a des créances paraphernales contre son mari (art. 1576), le subrogé pourra exercer par préférence à elle l'hypothèque attachée à ces créances [3]. La séparation de biens, laissant subsister l'inaliénabilité de la dot, ne modifie pas cette règle [4].

[1] Bertauld, 54 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 462, 5e éd. p. 751 ; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XV ; Thézard, 111 ; L. et A. Mérignhac, 32. 192. — Req., 6 déc. 1882, D., 83. 1. 219, S., 84. 1. 27.

[2] V. notamment Req., 3 fév. 1879, D., 79. 1. 246.

[3] Pont, I, 452 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 463, 5e éd. p. 752 ; L. et A. Mérignhac, 33, 192 ; Guillouard, IV, 1720 ; Huc, XIII, 292. — Riom, 22 décembre 1846, D., 47. 2. 106, S., 47. 2. 195. — Req., 14 nov. 1866, D., 67. 1. 58, S., 67. 1. 21. — Req., 6 déc. 1882, D., 83. 1. 219, S., 84. 1. 27. — Montpellier, 4 août 1890, D., 91. 2. 234, S. (sous Cass., 8 janvier 1894), 96. 1. 319. — Req., 27 mars 1893, D., 93. 1. 311, S., 95. 1. 34.

[4] Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 462, 5e éd. p. 752 ; Bertauld, 55 ; Guillouard, IV, 1721, *Cont. de mar.*, IV, 2111 ; L. et A. Mérignhac, 40. — Req., 27 avril 1880, D., 80. 1. 431.

Mais lorsque la femme dotale s'est réservé expressément par son contrat de mariage la faculté de subroger un tiers dans l'effet de l'hypothèque qui garantit ses reprises dotales [1], et dans les cas exceptionnels où elle a le droit d'aliéner ou d'hypothéquer son immeuble dotal, notamment lorsqu'il s'agit de l'établissement de ses enfants, elle peut valablement subroger à son hypothèque légale et les tiers ne sont pas responsables de l'emploi des fonds [2].

En est-il de même, lorsque la dot de la femme a été déclarée aliénable par une clause du contrat de mariage ? Le plus grand nombre des auteurs résout cette question par l'affirmative [3]. Capable de disposer de ses biens dotaux et de les aliéner, la femme doit avoir également le droit de disposer de son hypothèque légale, qui n'est qu'un accessoire de la dot et la garantie de sa restitution.

Avec la jurisprudence, nous nous prononcerons en sens contraire. En principe les clauses autorisant l'aliénation de la dot doivent s'interpréter d'une manière restrictive [4]. Donc l'autorisation d'aliéner les biens dotaux n'implique pas pouvoir de renoncer à l'hypothèque légale, non plus que de céder les reprises dotales. En effet, l'aliénation des biens dotaux laisse subsister au profit de la femme une action en reprise garantie par l'hypothèque légale ; si elle ne peut ni renoncer à cette action ni subroger à son hypothèque, elle aura la certitude de toucher sa dot sous une autre forme. Au contraire, la faculté de céder son action en reprise et de subroger à son hypothèque compromet la restitution de la dot, va directement à l'encontre du but du régime dotal. C'est pourquoi

(1) L. et A. Mérignhac, 34. — Lyon, 9 avril 1867 et sur pourvoi Civ. rej., 2 fév. 1870, D., 70. 1. 385, S., 70. 1. 284.

(2) V. sur cette question Troplong, *Cont. de mar.*, IV, 3453; Aubry et Rau, § 537, note 130, 4e éd. V, p. 593; Colmet de Santerre, VI, 230 *bis*-XI; Guillouard, *Cont. de mar.*, IV, 2004; L. et A. Mérignhac, 35. 193; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, 1706. — Req., 24 oct 1892, D., 92. 1. 620.

(3) Troplong, *Cont. de mar.*, IV, 3397; Seriziat, *Rég. dot*, 141; Pont, I, 453; Bertauld, 39; Gérardin, *Rev. prat.*, 1867, XXX, p. 97; L. et A. Mérignhac, 34-35. — Req., 1er juin 1853, D., 53. 1. 241, S., 53. 1. 730. — Bordeaux, 16 août 1853, D., 55. 2. 80, S., 54. 2. 263.

(4) Civ. cass., 19 nov. 1888, D., 90. 1. 55. — Civ. cass., 27 fév. 1894, D., 94. 1. 295, S., 94. 1. 347.

cette faculté ne résulte pas nécessairement de la clause autorisant l'aliénation des biens dotaux [1]. Il faut une stipulation expresse dans le contrat de mariage [2].

1045. La convention, par laquelle la femme commune se réserve la faculté, en cas de renonciation, de reprendre son apport franc et quitte de toute dette, encore qu'elle s'y soit obligée ou qu'elle y ait été personnellement condamnée, n'emporte pas nécessairement soumission au régime dotal. Par conséquent, la femme conserve dans ce cas le droit de subroger un tiers à son hypothèque légale [3].

1046. La femme peut, en adoptant un régime de communauté, stipuler que ses immeubles ne pourront être aliénés que moyennant remploi. Cette clause, quand elle est opposable aux tiers, n'entraîne pas soumission au régime dotal et n'enlève pas, par suite, à la femme le droit de subroger dans son hypothèque légale, même en tant que cette hypothèque garantit le remploi ou la restitution du prix de ses immeubles aliénés [4].

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 462, 5e éd. p. 752, § 537, texte et note 65, § 537 *bis*, 4e éd. V, p. 576, p. 602; Guillouard, IV, 1722, *Cont. de mar.*, IV, 1949; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, 1748, 1834; Planiol, II, 3470. — Riom, 22 déc. 1846, D., 47. 2. 105, S., 47. 2. 195. — Civ. rej., 16 déc. 1856, D., 56. 1. 433, S., 57. 1. 582. — Civ. cass., 4 juin 1866; Civ. cass., 2 juil. 1866, D., 66. 1. 321, S., 66. 1. 281 et 315. — Civ. rej., 17 déc. 1866, D., 67. 1. 24, S., 67. 1. 114. — Req., 7 avril 1868, S., 68. 1. 270. — Lyon, 3 fév. 1883, D., 83. 2. 142, S., 85. 2. 154.

(2) Lyon, 9 août 1867 et sur pourvoi Civ. rej., 2 fév. 1870, D., 70. 1. 385, S., 70. 1. 284.

(3) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 463, 5e éd. p. 753, § 533, texte et note 11, 4e éd. V, p. 524, 525; Bertauld, 59; L. et A. Mérignhac, 43; Beudant, p. 291, note 3; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 1413. — Req., 14, 15 déc. 1858, D., 59. 1. 49 et 52, S., 59. 1. 129. — Req., 13 août 1860, D., 61. 1. 263, S., 61. 1. 154. — Req., 29 janv. 1866, D., 66. 1. 276, S., 66. 1. 141. — Civ. rej., 21 déc. 1869, D., 70. 1. 52, S., 70. 1. 437. — Civ. cass., 2 déc. 1872, D., 72. 1. 398, S., 72. 1. 437. — Caen, 12 juin 1878, D., 80. 2. 92, S., 78. 2. 251 et sur pourvoi Req., 14 juil. 1879, D., 80. 1. 328, S., 80. 1. 448. — Riom, 24 juil. 1886, D., 87. 2. 252.

(4) Laurent, XXI, 121 et 389; Daniel de Folleville, *Cont. de mar.*, I, 255; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 4 *bis*, III, 4e éd. p. 463, 5e éd. p. 753; Guillouard, *Cont. de mar.*, I, 90, II, 506; L. et A. Mérignhac, 44; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, 424-6o. — Bordeaux, 16 avril 1842, *J. G.*, vo *Cont. de mar.*, 1458. — Req., 23 août 1847, D., 47. 1. 331, S., 47. 1. 657. — Bordeaux, 11 mai 1848, D., 48. 2. 141, S., 48. 2. 482. — Caen, 28 mai 1849, D., 52. 2. 105,

1047. Remarquons enfin, en terminant, que sous tous les régimes la subrogation sera nécessairement inopérante en ce qui concerne les droits attachés à la personne de la femme, spécialement en ce qui concerne sa créance pour nourriture et habitation après le décès de son mari et pour ses habits de deuil, ou la pension alimentaire que le mari aurait été condamné à lui fournir (1).

1048. On décide également que la subrogation ne peut pas être opposée à l'avoué qui, ayant prêté son ministère à la femme dans une instance soit en séparation de biens ou de corps soit en divorce, aurait fait prononcer la distraction des dépens à son profit. Celui-ci aura toujours le droit d'être colloqué de ce chef au rang de l'hypothèque légale (2).

1049. La femme, qui a la capacité de subroger à son hypothèque légale, peut user de ce droit soit au profit d'un de ses créanciers personnels, soit au profit de tiers dont elle n'est pas la débitrice comme les créanciers de son mari, soit au profit des tiers envers lesquels elle s'est obligée conjointement ou solidairement avec son mari ou comme caution de celui-ci (3).

Elle peut restreindre les effets de la convention au gré de sa volonté, la limiter à quelques-uns des immeubles de son mari, à une partie de ses créances (4). En cas de contestation, le juge interprètera souverainement la convention ; mais il le fera de la manière la plus étroite, les renonciations ne se présumant pas (5). C'est ainsi que la renonciation tacite au profit du tiers acquéreur d'un immeuble du mari, n'aura

S., 49. 2. 694 et sur pourvoi Req., 5 mai 1850, D., 50. 1. 204. — Civ. cass., 6 nov. 1854, D., 54. 1. 439, S., 54. 1. 712 et dans la même affaire Ch. réun. cass., 8 juin 1858, D., 58. 1. 233, S., 58. 1. 417.

(1) L. et A. Mérignhac, 46.

(2) L. et A. Mérignhac, 46; Garsonnet et Cézar-Bru, III, § 1211, note 7. — Req., 30 janv. 1839, *J. G.*, v° *Frais et dépens*, 122, S., 39. 1. 96.

(3) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 463, 5e éd. p. 753. — Alger, 27 juin 1892, S., 92. 2. 241.

(4) Thézard, 106; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 463, 5e éd. p. 753; Guillouard, IV, 1724.

(5) Bertauld, 50; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 463, 5e éd. p. 753; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XVIII; Guillouard, IV, 1724. — Paris, 27 mai 1848, D., 48. 2. 128, S., 49. 2. 283.

d'effet qu'en ce qui concerne cet immeuble (L. 23 mars 1855, art. 9 complété par la loi du 13 février 1889) [1]. Mais il ne suffirait pas que l'acte portant subrogation expresse contînt en même temps constitution d'une hypothèque conventionnelle sur un immeuble du mari pour que l'effet de la subrogation fût restreint à cet immeuble. Si elle a été consentie en termes généraux, la subrogation comprend tous les droits et reprises de la femme sur tous les immeubles du mari [2]. C'est seulement dans le cas de subrogation tacite que l'effet de la convention se trouve limité à l'immeuble ou aux immeubles sur lesquels a été établie l'hypothèque conventionnelle.

B. *Diverses variantes de la convention par laquelle la femme transmet à un tiers le bénéfice de son hypothèque légale.*

1050. La femme peut se dépouiller de son hypothèque légale au profit d'un tiers par voie de cession ou de renonciation. C'est ce qui résulte de ces mots de l'art. 9 précité de la loi du 23 mars 1855 : « Dans le cas où les femmes peuvent *céder* leur hypothèque légale ou y *renoncer,* cette *cession* ou cette *renonciation...* »

a. *Cession.*

1051. Elle peut affecter trois modes différents : cession de l'hypothèque légale détachée de la créance, cession de la créance hypothécaire elle-même, cession du droit de priorité qui appartient à la femme. Sous quelque forme que se présente l'opération, la femme abdique son hypothèque en faveur d'un tiers [3], et, comme il y a substitution de personne, on lui a donné le nom de subrogation [4].

1052. 1. *Cession de l'hypothèque légale détachée de la créance.* La femme peut, tout en conservant sa créance contre

(1) V. not. Paris, 10 fév. 1873, D., 74. 2. 133, S. (sous Cass.), 75. 1. 145. — Dijon, 4 août 1880, D., 80. 2. 241, S., 80. 2. 323. — Cass., 19 mai 1890, *Pand. franç.,* 91. 1. 19. — Req., 2 juin 1893, D., 94. 1. 35.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis,* III, 4e éd. p. 463, 5e éd. p. 753-754. — Civ. rej., 3 juil. 1866, D., 66. 1. 291, S., 66. 1. 345.

(3) Beudant, II, 831, 861.

(4) Aubry et Rau, § 288, texte et note 5, III, 4e éd. p. 457, 5e éd. p. 744.

son mari, céder à un tiers l'hypothèque légale qui en est l'accessoire et la rattacher à la créance de ce tiers [1].

Cette cession, qui peut intervenir au profit d'un créancier de la femme, a lieu le plus souvent au profit d'un créancier du mari et ordinairement d'un créancier chirographaire. Le prêteur aura, pour obtenir la restitution de ce qu'il a prêté au mari, le droit d'exercer, au lieu et place de la femme, l'hypothèque légale de celle-ci.

S'il use de cette faculté, le droit hypothécaire de la femme sera diminué d'autant ; par suite la femme ne pourra plus, dans cette mesure, invoquer son hypothèque avec le bénéfice du rang qui lui appartenait, mais elle pourra prétendre à une hypothèque prenant rang à compter du jour de la subrogation, à raison de l'indemnité dont elle est devenue créancière contre son mari pour le préjudice résultant de la subrogation.

La validité de la cession de l'hypothèque légale détachée de la créance a été contestée [2]. La controverse sur ce point n'a pas cessé depuis la loi du 23 mars 1855, bien que les termes de l'art. 9 paraissent autoriser formellement cette cession.

1053. Le caractère de cette opération est difficile à déterminer. Remarquons tout d'abord que cette subrogation n'a de commun que le nom avec celle que le législateur organise dans les art. 1249 s. [3]. Cette dernière est consentie ou subie par un créancier qui reçoit son paiement, tandis que celle dont nous nous occupons est consentie par une femme qui transmet son droit hypothécaire à un tiers sans recevoir le paiement de sa créance et seulement en vue de fortifier le crédit de son mari.

D'après une première opinion, la subrogation à l'hypothèque légale se réduirait, « de la part de la femme, à un con-
» sentement d'antériorité, ou à une renonciation à son droit
» d'hypothèque en faveur du créancier avec lequel elle con-
» tracte et au préjudice duquel elle ne peut plus le faire
» valoir » [4].

[1] Toulouse, 29 fév. 1892, D., 92. 2. 277.
[2] *Supra*, II, 905.
[3] L. et A. Mérignhac, 10; Beudant, II, 838.
[4] Gauthier, *Note* dans S., 55. 1. 193 et *Subrog.*, 577. — Rapp. Bressolles, 101; Mourlon, *Transcr.*, II, 945.

Cette doctrine nous semble limiter les effets de la convention contrairement à la volonté des parties. Ce n'est pas seulement son rang que la femme a entendu transmettre et que le tiers a voulu acquérir, c'est l'hypothèque elle-même qui a été l'objet de la stipulation. Ce n'est pas seulement une promesse d'abstention qui a été faite; la femme n'a pas seulement renoncé à exercer son hypothèque au préjudice du créancier avec lequel elle contracte; ce n'est pas seulement sur les immeubles hypothéqués dans l'obligation à laquelle elle a concouru, que la femme s'interdit, à moins de manifestation d'une volonté contraire, de faire valoir son hypothèque. La clause a une portée plus large et plus générale. En subrogeant le tiers dans son hypothèque, la femme n'a pas seulement abdiqué ses droits; elle les lui a transmis, elle l'en a investi non seulement sur l'immeuble hypothéqué par le même acte, mais sur tous les immeubles du mari, elle lui a transféré son hypothèque avec tous ses attributs, le droit de suite aussi bien que le droit de préférence. Si elle avait eu l'intention qu'on lui prête, elle se serait contentée de consentir une promesse d'abstention ou une cession d'antériorité. Les termes mêmes employés dans la convention manifestent une volonté plus énergique et plus compréhensive.

1054. Une autre opinion [1] y voit une cession éventuelle de la créance de la femme contre son mari. Ce serait donc la nature du transport qui l'emporterait. Le cessionnaire devrait remplir l'une ou l'autre des formalités de l'art. 1690. A partir de ce moment, il serait saisi de la créance de la femme.

Que deviendrait, dans ce système, la règle de la communauté, d'après laquelle chacun des époux n'est débiteur ou créancier que du solde des récompenses dues à ou par la communauté? Qu'arriverait-il si remploi était ultérieurement fait du prix d'un immeuble aliéné par la femme avant la cession de son hypothèque? Ajoutons que le transport est une vente, qu'il n'y a pas de vente sans prix et qu'ici il n'y a

[1] Bertauld, 4 et 51; Larombière, *Oblig.*, III, p. 252.

pas de prix. Faisons observer en outre que la subrogation transfère l'hypothèque, telle qu'elle existe au profit de la femme, garantissant même des créances à naître et que la cession de créances de cette nature est impossible [1]. Faisons enfin remarquer qu'une pareille interprétation dépasse la volonté des parties, qui n'ont pas entendu transmettre, même éventuellement, la propriété de la créance de la femme.

1055. Un auteur [2] est disposé à y voir « une délégation » faite éventuellement par la femme et résultant de la promesse par laquelle elle s'oblige *conditionnellement*, en ce » sens qu'elle s'engage à payer ou au moins à abandonner à » titre de paiement les droits qu'elle peut avoir contre son » mari, pour que le créancier auquel elle fait l'abandon » exerce ces droits à sa place, si, à l'échéance, le mari ne » paie pas lui-même la dette qu'il a souscrite envers ce créan- » cier ».

Cette doctrine n'est pas pleinement satisfaisante, car toute délégation implique l'existence d'une dette que le délégant charge le délégué d'acquitter pour lui. Or la subrogation à l'hypothèque légale peut être consentie par la femme sans qu'elle s'oblige personnellement. La condition essentielle de la délégation fait alors défaut. Il faut donc que l'opération ait un autre caractère.

1056. La généralité des auteurs considère cette subrogation comme « une sorte de cautionnement réel ou de nantis- » sement *sui generis*, qui, sans investir le subrogé de la pro- » priété soit de la créance du subrogeant, soit de l'hypothèque » qui la garantit, l'autorise cependant à exercer, dans la me- » sure de sa propre créance, les droits hypothécaires que » celui-ci pourrait lui-même faire valoir » [3]. Cette théorie se fonde sur l'intention des parties. La femme a entendu donner une garantie au subrogé qui a voulu l'acquérir ; à cet effet, les

(1) L. et A. Mérignhac, 51.

(2) Pont, I, 472.

(3) Aubry et Rau, § 288, texte et note 11, III, 4e éd. p. 458-459, 5e éd. p. 746-747 ; Thézard, 104-105. — Caen, 11 mars 1854 (motifs), D., 55. 5. 446, S., 55. 2. 69. — Cpr. Mourlon, *Subrog.*, p. 593 s., *Transcr.*, II, 904-911 ; Benech, *Du nant. appliqué aux droits et créances de la femme*, p. 13.

parties ont constitué une sûreté spéciale, elles ont transformé en un instrument de crédit l'hypothèque qui pesait sur les immeubles du mari. Là s'arrêtent les effets de la convention.

Cette opinion se heurte également à une objection très grave. Le nantissement des choses corporelles ou incorporelles est subordonné à la mise en possession du créancier (art. 2076). Or ici il est impossible de remplir cette condition. La créance de la femme est sujette à diminuer ou à s'accroître pendant le mariage; elle n'est constatée par aucun titre. Il est, dès lors, impossible de remplir les conditions prescrites par la loi pour l'efficacité du nantissement. On est obligé du reste de reconnaître que ce n'est pas un nantissement véritable, puisqu'on le qualifie de nantissement *sui generis*.

1057. De ces observations, nous concluons que la subrogation à l'hypothèque légale ne rentre dans aucun des contrats nommés et réglementés par le code. La convention n'en est pas moins valable en vertu de l'art. 1134; il est inutile, puisque nous avons brisé les entraves du rigorisme des Romains, d'essayer de la faire rentrer dans le moule d'un des contrats prévus par le code. Elle produira les effets que la volonté des parties y a attachés et que la loi n'a pas proscrits. C'est en se plaçant sur ce terrain que la jurisprudence a déterminé les droits du subrogé. Les parties ont voulu mettre celui-ci à l'abri des dangers auxquels l'expose l'hypothèque légale; elles ont voulu, quand il s'agit d'un créancier de la femme, lui donner une sûreté. Pour atteindre ce but, il faut permettre au subrogé d'exercer cette hypothèque en son nom et dans son intérêt personnel. Il en aura le droit. Les conséquences de cet exercice varieront, suivant que la subrogation aura été consentie au profit d'un créancier du mari ou d'un créancier de la femme; nous les déterminerons plus tard.

Le subrogé se trouve ainsi investi du droit de la femme; le droit qu'il a acquis, c'est un droit réel immobilier; il faut appliquer les règles sur la transmission des droits réels immobiliers.

La convention est une convention de garantie comme le nantissement; mais elle n'est pas un nantissement *sui generis*. C'est, si on le veut, un contrat innommé qui doit toute

sa puissance à la volonté des parties et produit les effets voulus par elles. A ce point de vue, la subrogation présente quelque chose de conditionnel ; en conférant au subrogé le droit d'exercer son hypothèque légale, si ses intérêts le réclament, la femme se réserve la faculté de l'invoquer elle-même à défaut du subrogé et elle conserve tous ses droits contre son mari.

Telle est la théorie qui a été consacrée par la jurisprudence ; elle nous paraît répondre mieux que toute autre aux principes de la loi et à la volonté des parties ; elle a pour point de départ la distinction de la créance et de l'hypothèque, dont le bénéfice peut devenir la garantie d'un autre créancier [1].

1058. 2. *Cession de la créance hypothécaire de la femme contre son mari.* Au lieu de céder son hypothèque légale détachée de sa créance, la femme cède à titre de garantie sa créance hypothécaire contre son mari. Le cessionnaire, se trouvant ainsi investi de la créance de la femme et par suite de l'hypothèque légale qui lui est attachée, pourra exercer cette hypothèque dans la mesure du droit qu'il a acquis en contractant avec le mari.

Au fond, il n'y a guère qu'une différence de terminologie entre ce mode de cession et le précédent. En réalité, ce n'est pas, quoi qu'on en dise, sa créance hypothécaire que la femme cède, même quand la cession est faite dans les termes qui viennent d'être rapportés, mais seulement l'exercice de son droit hypothécaire, parce que telle est l'intention commune des parties, qu'il faut avant tout rechercher. La preuve en est que, de l'avis de tous, le cessionnaire, s'il est créancier du mari, en exerçant le droit qui lui a été transmis, entamera bien dans une certaine mesure le droit hypothécaire de la femme, mais qu'il ne diminuera pas la créance de celle-ci. La femme conservera sa créance tout entière, malgré l'usage qu'aura fait le subrogé du droit à lui cédé ; seulement elle perdra le bénéfice de l'hypothèque ou tout au moins du rang qui lui appartenait. Ce n'est donc pas sa créance hypothécaire que la femme a cédée : car autrement elle ne pourrait plus exer-

[1] L. et A. Mérignhac, 19 s.

cer cette créance dans la mesure où le cessionnaire aurait usé du droit qui lui a été transmis.

Cette interprétation doit être préférée, à moins de manifestation de volonté contraire. Car, dans le doute, les renonciations ne se présument pas et comportent l'interprétation la plus étroite (1).

Cette distinction présente un intérêt pratique considérable ; car si la cession est véritablement une cession de la créance de la femme, le cessionnaire sera saisi à l'égard des tiers par l'accomplissement des formalités de l'art. 1690, sans avoir à observer la loi de 1855 (2). En outre, il aura peut-être le droit, comme la femme, de se prévaloir de l'art. 1471. Même dans ce cas, si la cession a été consentie au profit d'un créancier du mari, la femme sera réputée n'être que la caution de celui-ci (art. 1431); elle aura un recours garanti par l'hypothèque légale à la date de la cession (3).

1059. 3. *Cession du droit de priorité* (4). A la différence des deux autres modes de cession qui peuvent intervenir soit au profit d'un créancier de la femme, soit au profit d'un créancier du mari, celui-ci ne peut être employé qu'au profit d'un créancier du mari et seulement d'un créancier hypothécaire. Il a pour résultat d'opérer une interversion de rang entre la femme et le créancier hypothécaire au profit duquel la cession est faite.

La légalité de cette convention est à peu près unanimement reconnue (5).

(1) Toulouse, 24 fév. 1892, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 533.

(2) Bressolles, 100; Rivière et Huguet, 393; Rivière et François, 139; Aubry et Rau, § 288 *bis*. note 20, III, 4e éd. p. 468-469, 5e éd. p. 764-765; Huc, XIII, 293; Beudant, II, 866; de Loynes, *Note* D., 02. 1. 177. — V. *infra*, II, 1076-1077. — *Contra* Troplong, *Transcr.*, 334 et s.; Mourlon, *Transcr.*, II, 1104; Pont, I, 469; Ducruet, p. 41; Flandin, II, 1555-1556; Verdier, II, 763 et s.; Bertauld, 93; Colmet de Santerre, IX, 107 *bis*-IX; Guillouard, IV, 1727; L. et A. Mérignhac, 179 et s. — V. Req., 11 juin 1894, D., 96. 1. 537 (*Note* de M. de Loynes), S., 98. 1. 483.

(3) Req., 11 fév. 1867, D., 67. 1. 465 (*Note* de M. Beudant).

(4) Valais, *C. civ.*, art. 1868.

(5) Troplong, *Transcr.*, 324; Pont, I, 458; Beudant, *Rev. crit.*, 1866, XVI, p. 213; Aubry et Rau, § 288, note 3, III, 4e éd. p. 456, 5e éd. p. 742-743; Laurent, XXXI, 330 s.; Colmet de Santerre, IX, 75 *bis*-XVI; Huc, XIII, 293; Guillouard, IV, 1736. — Req., 25 janv. 1853, D., 53. 1. 12, S., 53. 1. 423. — Req., 11 février 1867 (motifs), D., 67. 1. 465, S., 67. 1. 101. — Req., 8 avril 1872, *J. G. Suppl.*, v° *Priv.*

Elle est soumise aux mêmes formes que la subrogation à l'hypothèque légale [1].

La portée de la convention dépend de la volonté des parties. Elle peut opérer une véritable interversion de rang. Elle peut quelquefois se réduire à une simple promesse d'abstention [2].

Elle lie les héritiers de la femme comme la femme elle-même et leur enlève le droit, pour tout ce qui leur provient de celle-ci, de se prévaloir de son hypothèque au préjudice du bénéficiaire de la cession de priorité [3].

b. *Renonciation.*

1060. Au lieu de céder son hypothèque légale, la femme peut y renoncer en faveur d'un tiers. Ainsi le mari veut emprunter de l'argent sur hypothèque; pour rassurer le prêteur, la femme pourra renoncer au profit de celui-ci à son hypothèque légale. Ou bien le mari veut vendre un de ses immeubles; mais l'acquéreur hésite, parce qu'il craint les suites de l'hypothèque légale de la femme; celle-ci interviendra et renoncera à son hypothèque au profit de l'acquéreur. La renonciation à l'hypothèque légale peut donc avoir lieu au profit soit d'un créancier du mari, soit de l'acquéreur d'un immeuble du mari.

1. Renonciation au profit d'un créancier du mari.

1061. La renonciation de la femme à son hypothèque légale au profit d'un créancier du mari peut être expresse ou tacite.

La renonciation tacite ne peut s'induire que d'actes qui la font nécessairement supposer. *Renuntiatio non præsumitur.* Ainsi un mari emprunte de l'argent; sa femme s'oblige solidairement avec lui envers le prêteur, et donne son consentement à l'acte par lequel le mari lui hypothèque un de ses

et hyp., 1012, S., 72. 1. 242. — Lyon, 10 août 1880, D., 81. 2. 160. — *Contra* Bertauld, 21.

(1) Aubry et Rau, § 288, note 3, III, 4e éd. p. 456, 5e éd. p. 743.

(2) *Supra*, II, 907, 908. — V. Bertauld, 183; L. et A. Mérignhac, 173-175.

(3) Aubry et Rau, § 288, III, 4e éd. p. 458, 5e éd. p. 746. — Civ. rej., 9 août 1865, D., 66. 1. 32, S., 65. 1. 447.

immeubles pour sûreté du prêt. Il y a renonciation tacite de la femme à son hypothèque légale au profit du prêteur. On ne peut donner une autre explication du concours de la femme à la constitution d'hypothèque faite par le mari : le consentement de la femme n'était pas nécessaire pour la validité de cette constitution ; évidemment elle n'est intervenue que pour rassurer le prêteur, et elle ne peut le rassurer qu'en renonçant à son hypothèque légale (1).

1062. La jurisprudence a même étendu cette solution au cas où la femme ne concourt pas directement à la constitution d'hypothèque, et se contente de s'obliger conjointement et solidairement avec son mari par l'acte même dans lequel a eu lieu la constitution d'hypothèque (2). Elle voit dans cet acte une renonciation tacite par la femme à son hypothèque légale au profit du créancier du mari. Car par l'obligation contractée solidairement, celle-ci s'engage à ne rien faire de nature à porter atteinte aux droits nés au profit du créancier de la convention à laquelle elle a participé. Elle ne peut donc pas, par l'exercice de son hypothèque, frapper d'inefficacité l'hypothèque constituée. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* La sécurité, qu'elle a promise au créancier, ne peut être obtenue que par une subrogation au bénéfice de l'hypothèque légale. C'est ainsi qu'on a été conduit à voir dans ces circonstances une renonciation tacite à l'hypothèque légale en faveur du créancier (3). Mais il faut que

(1) Paris, 11 mars 1813, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 975-1°, S., 13. 2. 161. — Paris, 26 janv. 1819, S., 19. 2. 148. — Lyon, 22 juill. 1819, *J. G.*, eod. v°, 967. — Angers, 19 juin 1823, S., 23. 2. 315. — Req., 2 avril 1829, *J. G.*, eod. v°, 989, S., 29. 1. 194. — Req., 4 fév. 1839, S., 39. 1. 107. — Lyon, 24 mai 1850, D., 55. 2. 177, S., 50. 2. 532. — Paris, 31 mars 1853, S., 53. 2. 337. — Req., 8 août 1854, D., 55. 1. 337, S., 54. 1. 521. — Civ. rej., 26 juin 1855, D., 55. 1. 273, S., 55. 1. 670. — Metz, 22 janv. 1856, D., 56. 2. 152, S., 56. 2. 395. — Amiens, 11 nov. 1858, D., 59. 2. 128, S., 59. 2. 316. — Civ. cass., 25 fév. 1862, D., 62. 1. 240, S., 62. 1. 356.

(2) Caen, 15 juill. 1840, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 961. — Caen, 3 mai 1852, D., 54. 2. 20, S., 53. 2. 79. — *Contra* Gauthier, *Subrog.*, 378.

(3) Cons. sur ces deux questions, en faveur de notre opinion, Troplong, II, 603 ; Duranton, XII, 144 ; Benech, *op. cit.*, 26 ; Bertauld, 63 à 68, 72 ; Larombière, *Des oblig.*, sur l'art. 1250, n. 53 ; Pont, I, 464 ; Flandin, II, 1550 ; Verdier, II, 668 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 464, 5e éd. p. 756-757 ; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XIX et XXI ; André, 1070 ; Thézard, 110 ; L. et A. Mérignhac, 169 ; Thiry, IV, 488 ; Guillouard, IV, 1735, 1740 ; Beudant, II, 842 ; Planiol, II,

le concours de la femme ne comporte pas d'autre explication [1].

Il importerait assez peu que l'engagement de la femme résultât d'un acte postérieur et distinct de celui qui constate l'obligation contractée par le mari, pourvu qu'elle ait eu connaissance des clauses du contrat auquel elle adhère et dont elle garantit l'exécution, et que son intervention implique l'intention de subroger le créancier [2].

1063. Mais il en serait autrement, si la femme s'obligeait conjointement et solidairement envers un créancier chirographaire du mari. Il n'est pas certain, dans cette hypothèse, que la femme ait entendu renoncer au profit du prêteur à son hypothèque légale, ce qui équivaut, comme on le verra, à le subroger ; elle a pu vouloir seulement s'obliger envers lui, et, dans le doute, la renonciation ne saurait être admise. *Renuntiatio est strictissimæ interpretationis*. Quel sera donc alors le droit du prêteur contre la femme ? Il pourra la poursuivre sur tous ses biens pour obtenir son paiement ; il pourra même, du chef de la femme et en vertu de l'art. **1166**, exercer l'hypothèque légale de celle-ci, mais non s'en faire attribuer le profit à l'exclusion des autres créanciers de la femme ; il devra subir leur concours (arg. art. **2093**). Ce créancier est dans la situation de tous ceux qui ont suivi la foi de leur débiteur. Il est exposé à voir la femme céder son hypothèque légale à un tiers. Après quelques hésitations, la jurisprudence paraît fixée en ce sens [3]. Il n'a d'autre ressource que de se faire colloquer en sous-ordre sur le montant de la collocation de la femme ; mais il ne jouit alors d'aucune cause de préférence à l'encontre des autres créanciers de celle-ci.

3498, 3499 ; Surville, II, 705. — V. aussi Mourlon, *Transcr.*, II, 995. — Cpr. Huc, XIII, 294.

(1) Limoges, 3 juin 1854 et sur pourvoi Req., 4 juin 1855, D., 55. 1. 389, S., 55. 1. 743.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 17 *quater*, III, 5e éd., p. 761. — V. *infra*, II, 1066. — Cpr. L. et A. Mérignhac, 170, qui admettent toujours la subrogation. — Cpr. aussi Bertauld, 72 ; Troplong, II, 603, qui refusent d'admettre la subrogation.

(3) V. les autorités citées note suivante.

A plus forte raison, en est-il de même lorsque la femme s'est bornée à cautionner l'obligation chirographaire de son mari (1). Si, ultérieurement poursuivie par le créancier, elle était condamnée par justice, le jugement emporterait une hypothèque judiciaire, mais il n'opèrerait pas subrogation à l'hypothèque légale. Le consentement de la femme est indispensable pour cette subrogation (2).

Cependant le jugement qui validerait une saisie-arrêt pratiquée par un créancier de la femme sur les créances de celle-ci contre son mari, en l'appropriant de ces créances, lui confèrerait le droit de se prévaloir de l'hypothèque légale qui en est la garantie (3). Remarquons seulement qu'il ne s'agit pas ici d'une véritable subrogation à l'hypothèque légale. C'est plutôt la créance même de la femme qui se trouve transmise au créancier saisissant.

1064. La jurisprudence a décidé, conformément aux données de la pratique et à l'intention des parties, que la renonciation consentie au profit d'un créancier du mari impliquait une véritable subrogation à l'hypothèque légale. Elle n'est pas seulement *abdicative* ou *désinvestitive* (4), elle est encore *translative* ou *investitive*. En d'autres termes, la femme qui

(1) Persil, I, sur l'art. 2121, XX; Grenier, I, 254; Proudhon, *Usufr.*, V, 2334; Duranton, XII, 143, XIX, 273; Troplong, II, 603; Bertauld, 69; Pont, I, 463; Gauthier, *Subrog.*, 584 s.; Verdier, II, 668 *bis*; Flandin, II, 1550; Larombière, *Des oblig.*, sur l'art. 1250, n. 53; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, § 796, note 25, p. 166; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 464, 5e éd. p. 756-757; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XX; Thézard, 110; L. et A. Mérignhac, 168; Guillouard, IV, 1741; Beudant, II, 842; Huc, XIII, 294; Planiol, II, 3499. — Nancy, 24 janv. 1825, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 989, S., 35. 2. 84. — Paris, 2 janv. 1836, *J. G.*, eod. v°, 961, S., 36. 2. 149. — Caen, 15 juill. 1840, *J. G.*, eod. v°, 961, S., 40. 2. 522. — Orléans, 24 mai 1848, D., 48. 2. 185, S., 50. 2. 145. — Paris, 8 avril 1851 (non 1853), D., 54. 2. 212. — Orléans, 12 juill. 1854, S., 54. 2. 561. — Civ. cass., 14 mars 1865, D., 65. 1. 129, S., 65. 1. 209. — Amiens, 26 mai 1874, D., 76. 2. 130. — *Contra* Mourlon, *Transc.*, II, 986-992. — Req., 17 avril 1827, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 961, S., 28. 1. 94. — Bourges, 4 mars 1831, S., 32. 2. 31.

(2) Grenier, I, 254; Gauthier, *Subrog.*, 385; Pont, I, 463; Bertauld, 70; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 465, 5e éd. p. 757; L. et A. Mérignhac, 168. — Paris, 2 janv. 1836; Caen, 15 juillet 1840; Orléans, 24 mai 1848; Paris, 8 avril 1851; Orléans, 12 juillet 1854; Civ. cass., 14 mars 1865 cités à la note précédente. — Orléans, 9 juin 1874, S., 74. 2. 302.

(3) L. et A. Mérignhac, 168.

(4) V. cep. en ce sens, Proudhon, *Usufr.*, V, 2339; Mourlon, *Subrog.*, p. 605 s., et *Transcr.*, I, 338.

renonce à son hypothèque légale au profit d'un prêteur de deniers ne s'interdit pas seulement le droit d'exercer son hypothèque légale au préjudice de ce prêteur, elle lui en transmet le bénéfice dans la mesure de sa créance, elle le subroge. Telle a certainement été la commune intention des parties contractantes.

En effet, la femme n'a pas fait une simple promesse d'abstention; elle est intervenue pour fournir une garantie au prêteur; or elle ne lui fournit une garantie efficace qu'à la condition de le subroger. Si les parties ont une volonté contraire, il faut qu'elles l'expriment.

L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 a confirmé cette interprétation en mettant la cession et la renonciation sur la même ligne et en les assimilant l'une à l'autre. On peut dire : la renonciation n'est qu'une cession mal qualifiée (1).

1065. Comme la cession, cette renonciation peut être consentie au profit d'un créancier hypothécaire ou d'un créancier chirographaire du mari. Dans le premier cas, elle équivaut à une cession de l'hypothèque ou à une cession d'antériorité, suivant l'intention des parties; dans le second, à une cession de l'hypothèque. Il importe de faire remarquer ici que la subrogation tacite résultant de l'accession de la femme à l'obligation hypothécaire contractée par le mari n'est en réalité qu'une cession de rang ou d'antériorité sur les immeubles grevés de l'hypothèque du créancier. Limitée quant aux biens, elle ne lui confère aucun droit personnel et direct sur les autres immeubles du mari grevés de l'hypothèque légale. Il ne peut alors les atteindre entre les mains de tiers détenteurs qu'en qualité de créancier de la femme, comme exerçant les droits et actions de sa débitrice (2) (art. 1166).

(1) Grenier, I, 550; Troplong, II, 600 s.; Rivière et Huguet, 385 s.; Gauthier, *Subrog.*, 583; Pont, I, 476; Bertauld, 30 s.; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 28, III, 4e éd. p. 470, 5e éd. p. 775; Thézard, 109; L. et A. Mérignhac, 25; Guillouard, IV, 1770; Huc, XIII, 293; Beudant, II, 841 et p. 269, note 3. — Paris, 1er juin 1807; Amiens, 17 mars 1823; Req., 15 juin 1825; Nancy, 22 mai 1826; Req., 2 avril 1829, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 967, 975, 989; Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II. 2. 251; VII. 2. 182; VIII. 1. 137; VIII. 2. 236; IX. 1. 266. — Lyon, 7 avril 1854, S., 54. 2. 577. — Req., 8 août 1854, D., 55. 1. 377, S., 54. 1. 321.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 465, 5e éd. p. 758; L. et A. Mérignhac,

2. Renonciation au profit d'un acquéreur.

1066. Comme la renonciation au profit d'un prêteur de deniers, la renonciation de la femme à son hypothèque au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté, peut être expresse ou tacite.

La renonciation expresse, qui résulte d'une déclaration formelle mais n'est pas subordonnée à l'emploi d'expressions sacramentelles, peut être consentie soit dans l'acte même d'aliénation, soit dans un acte postérieur. Cette solution, basée sur les principes généraux, est formellement consacrée par le 1er des alinéas ajoutés par la loi du 13 février 1889 à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 (1).

1067. La renonciation tacite peut résulter du concours de la femme à l'acte d'aliénation. Ce concours doit s'être produit dans des conditions telles qu'il implique nécessairement la volonté de la femme de renoncer à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur. La question de savoir si le concours de la femme à l'acte d'aliénation présentait ce caractère était, sous l'empire du code civil et de la loi du 23 mars 1855, une pure question de fait, à résoudre, en cas de contestation, par le juge (2).

170. — Cpr. Benech, *Nantiss. appl. aux dr. de la femme,* 10. — Amiens, 11 nov. 1858, D., 59. 2. 128, S., 59. 2. 316.

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis,* texte et note 17 *quater,* III, 5e éd., p. 761; Cézar-Bru, *Renonc. par la femme à son hyp. au profit d'un tiers acquér.,* p. 69; Wable, *Renonc. par la femme à son hyp. au profit d'un tiers acquér.,* 74; Emion et Herselin, *Hyp. lég. Renonc.,* 12; L. et A. Mérignhac, 195, 197.

(2) L. 11, D., *Quib. mod. pign. solv.* (XX, 6); L. 158, D., *De regulis juris* (L. 17). — V. Troplong, II, 599; Pont, I, 465; Flandin, II, 1552; Aubry et Rau, § 288 *bis,* texte et note 7, III, 4e éd. p. 463, 5e éd. p. 754; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XVIII et XIX; Thézard, 114; Wable, *op. cit.,* 33 à 39; Cézar-Bru, *op. cit.,* p. 55 et s.; Didier, *Etude sur la loi du 13 février 1889,* p. 16; L. et A. Mérignhac, 198; Guillouard, IV, 1738; Planiol, II, 3500. — V. notamment comme applications du principe, Req., 4 juin 1854, S., 55. 1. 743. — Metz, 13 décembre 1854, D., 56. 2. 243, S., 55. 2. 193. — Civ. rej., 6 novembre 1855, D., 55. 1. 449, S., 56. 1. 235. — Limoges, 29 juin 1854, et sur pourvoi Req., 30 juin 1856, D., 57. 1. 93, S., 57. 1. 260. — Req., 9 février 1859, D., 59. 1. 460, S., 60. 1. 647. — Civ. cass., 26 août 1862, D., 62. 1. 344, S., 62. 1. 920. — Angers, 27 mai 1864, D., 64. 2. 152. — Agen, 14 mars 1866, D., 67. 2. 129, S., 67. 2. 55. — Agen, 21 mars 1866, D., 67. 2. 129. — Poitiers, 10 juillet 1866 et sur pourvoi Req., 12 fév. 1868, D., 68. 1. 346, S., 68. 1. 389. — Metz, 31 décembre 1867, D., 68. 2. 145, S., 69. 2.

1068. Le législateur de 1889 a pensé sans doute que la meilleure loi est celle qui laisse le moins de place à l'arbitraire du juge. Aussi a-t-il précisé les conditions dans lesquelles le concours de la femme à l'acte d'aliénation peut entraîner sa renonciation à son hypothèque légale [1].

Il l'a fait dans l'intérêt de la femme pour prévenir les erreurs dont elle pourrait être la victime ; mais il l'expose aux dangers d'une obligation personnelle. Il l'a fait dans l'intérêt des tiers pour qu'ils puissent s'assurer facilement par eux-mêmes de l'existence ou de l'extinction de l'hypothèque légale. Aussi l'énumération que donne la loi nouvelle doit-elle être considérée comme limitative. En dehors des cas prévus par la loi, le juge ne pourra pas admettre que le concours de la femme emporte renonciation à l'hypothèque légale, alors même qu'il ne concevrait aucun doute sur les intentions de celle-ci [2]. La formule même de la loi le prouve péremptoirement : « En l'absence de stipulation expresse, la » renonciation par la femme à son hypothèque légale *ne* » pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation *que si* » elle stipule... » (L. 13 février 1889, al. 3). Tous les intéressés, la femme comme les tiers, seraient admis à se prévaloir de cette règle ; la renonciation n'existe pas [3], elle n'est pas seulement frappée de nullité, quoi qu'en disent quelques auteurs [4].

1068 I. Les circonstances auxquelles la loi attache cet effet sont au nombre de trois. Il faut que la femme ait stipulé ou plutôt promis soit comme covenderesse, soit comme garante

5. — Dijon, 17 novembre 1876, D., 78. 2. 57. S., 77. 2. 261. — Trib. civ. La Flèche, 26 août 1878, D., 80. 3. 134. — Dijon, 4 août 1880, D., 80. 2. 241, S., 80. 2. 323.

[1] Wable, *op. cit.*, 40; Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 7 *in fine*, III, 5e éd., p. 754; L. et A. Mérignhac, 198.

[2] Escorbiac, *Comment. de la loi du 13 février 1889*, dans les *Lois Nouvelles*, 1890, p. 140 s.; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 57 s.; Didier, *Et. sur la loi du 13 février 1889*, p. 17; Tissier, *Rev. crit.*, 1889, *Nouvelle série*, XVIII, p. 643, n. 13; Emion et Herselin, *op. cit.*, 15, 16; Dalmbert, Append. I, n. 4; Wable, *op. cit.*, 43-45; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 7 *ter*, III, 5e éd., p. 754-755; Guillouard, IV, 1800, 1817, 1819, 1820; L. et A. Mérignhac, 199 et s. — Bourges, 31 juillet 1899, S., 00. 2. 206.

[3] L. et A. Mérignhac, 202.

[4] Wable, *op. cit.*, 63; Guillouard, IV, 1820, VII.

ou caution [1] de son mari (al. 3 du texte nouveau, qui devient l'al. 5 de l'art. 9 de la loi de 1855). La femme qui aurait fait toute autre stipulation ne pourrait être considérée comme ayant renoncé tacitement à son hypothèque légale. A plus forte raison, en serait-il de même de la femme qui se serait bornée à signer l'acte d'aliénation sans rien y stipuler, ou qui se serait contentée d'approuver la vente faite par son mari [2]. Le contraire a souvent été jugé sous l'empire de la législation antérieure, qui protégeait moins énergiquement la femme.

Bien que la loi parle seulement de la femme qui s'est portée *covenderesse* et que le texte doive être interprété restrictivement, il semble difficile de ne pas refuser le droit d'exercer l'hypothèque légale au préjudice de l'autre partie à la femme qui a figuré comme codonatrice à un acte contenant constitution de dot, ou coéchangiste à un acte d'échange conjointement et solidairement avec son mari. Si elle n'est pas *covenderesse*, elle est au moins tenue de l'obligation de garantie (art. 1440, 1547, 1706), et cela suffit pour justifier cette solution [3]. Il en serait de même si elle participait dans les mêmes conditions à un acte par lequel le mari ferait l'apport d'un immeuble dans une société ou à la dation en paiement de cet immeuble. Elle serait encore garante [4]. La loi parle d'ailleurs d'un acte d'aliénation en termes généraux.

Il semble bien qu'il devrait en être autrement dans le cas où la femme interviendrait à un acte de donation consenti par son mari comme codonatrice sans contracter aucune obligation en qualité de garante ou de caution. Cependant, il ne faut pas oublier que le donateur doit la garantie de ses faits personnels, et la femme qui figure dans l'acte comme codonatrice avec son mari n'a-t-elle pas la volonté de se porter

(1) On a critiqué cette disposition à raison du caractère accessoire du cautionnement, Escorbiac, *op. cit.*, p. 188 et s. — La critique ne nous paraît pas fondée.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 7 *ter*, III, 5e éd., p. 755; L. et A. Mérignhac, 199.

(3) Emion et Herselin, *op. cit.*, 17; Wable, *op. cit.*, 54-56; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 7 *quater*, III, 5e éd., p. 755; L. et A. Mérignhac, 200-201. — Cpr. Req., 9 février 1859, D., 59. 1. 460, S., 60. 1. 647. — Req., 30 juillet 1895, S., 99. 1. 319. — Bourges, 31 juillet 1899, S., 00. 2. 206.

(4) Cpr. Nancy, 10 août 1875, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 556, S., 76. 2. 245.

garante de celui-ci? Ne faut-il pas en conclure que la femme ne peut pas exercer son hypothèque légale au préjudice du donataire qu'elle a déclaré vouloir gratifier conjointement et solidairement avec son mari (1)?

1069. Même dans ces hypothèses, la femme ne devra pas nécessairement être réputée avoir renoncé à son hypothèque légale. La loi de 1889 n'est pas impérative. Elle décide bien que la renonciation à l'hypothèque légale ne peut résulter du concours de la femme que dans certaines circonstances, mais elle ne porte pas que la renonciation en résultera fatalement. Elle fixe une limite aux pouvoirs du juge, mais, dans ces bornes, elle lui laisse sa liberté d'appréciation. Il pourra donc refuser de voir dans la participation de la femme, même dans ces circonstances, une renonciation (2). A plus forte raison, la femme aurait-elle la faculté de réserver expressément son hypothèque légale. La renonciation tacite repose sur une présomption d'intention; cette présomption n'a plus de place, lorsque la volonté de la partie est expressément manifestée (3).

1070. En parlant de la renonciation tacite, la loi n'a prévu que le cas où elle se produit au moment même de l'aliénation. Faut-il en conclure que, à la différence de la renonciation expresse, elle ne peut pas résulter d'actes ou de faits postérieurs? On pourrait être tenté de le croire; mais nous cherchons en vain un fondement rationnel ou juridique à cette différence. Pourquoi la femme qui se porte après coup caution de l'aliénation consentie par le mari ou qui contracte dans les mêmes conditions une obligation de garantie, ne serait-elle pas réputée avoir renoncé à son hypothèque légale? Elle se trouve bien dans les conditions déterminées par la loi. Les tribunaux sont autorisés à déduire de ces circonstances une renonciation à l'hypothèque légale, pourvu que les formalités prescrites aient été remplies. Le dernier alinéa de l'art. 9 de la loi de 1855 complété par la loi du 13 février 1889

(1) Wable, *op. cit.*, 57; Guillouard, IV, 1820-IV; Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 7 *quater in fine*, III, 5e éd., p. 755-756. — Cpr. L. et A. Mérignhac, 200. — Bourges, 31 juillet 1899, S., 00. 2. 206.

(2) Didier, *op. cit.*, p. 17.

(3) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 64 s.

corrobore cette interprétation. Il porte que le concours ou le consentement donné par la femme à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle du prix emporte, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang. Ce texte prévoit un cas de subrogation tacite et, dans sa généralité, il s'applique aussi bien lorsque la femme concourt à la quittance sans avoir préalablement participé à l'acte d'aliénation, que lorsqu'elle a également figuré à ces deux actes. Il prouve, par conséquent, que la renonciation tacite peut résulter d'un acte distinct de l'acte d'aliénation et postérieur (1).

Le consentement de la femme à l'acte portant quittance totale ou partielle du prix peut donc être interprété par les tribunaux comme impliquant, de la part de la femme, une obligation de garantie ou un cautionnement et emportant renonciation à son hypothèque légale. Si la quittance est totale, elle abdiquera ainsi son hypothèque, c'est-à-dire le droit de suite et le droit de préférence qui y étaient attachés; si le paiement n'est que partiel, elle perdra seulement le droit de suite et conservera son droit de préférence sur la fraction du prix qui restera due.

1071. Mais cette renonciation est intimement liée à l'acte d'aliénation, à la vente par exemple, dont elle est l'accessoire. Née par elle ou avec elle, elle serait rétroactivement anéantie, si la vente était résolue (2). De ce principe, la cour de cassation a fait une application qui est loin de satisfaire l'équité. Elle a décidé que la femme recouvre alors l'exercice de tous ses droits et doit être colloquée sur le prix de l'immeuble par préférence à l'acheteur créancier de la restitution du prix non seulement lorsque la résolution est prononcée contre lui, mais encore lorsqu'elle a été admise à son profit (3). Il nous est bien difficile d'accueillir cette solution. Le vendeur n'a pas

(1) Wable, *op. cit.*, 42; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 59; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd., p. 756; L. et A. Mérignhac, 202. — *Contra* Emion et Herselin, *op. cit.*, 20.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e édit., p. 795-797; Huc, XIII, 296; L. et A. Mérignhac, 202.

(3) Req., 13 juill. 1874, D., 76. 1. 121, D., 75. 1. 145.

exécuté ses engagements; l'acheteur fait prononcer la résolution; elle n'est admise par la justice que sous l'obligation, par le vendeur, de restituer notamment à l'acheteur le prix payé par celui-ci. Comment la femme peut-elle retirer un profit de cette résolution, sans que l'acheteur ait été complètement désintéressé? On dit que la vente est résolue, que l'immeuble vendu est censé n'être jamais sorti du patrimoine du mari, que l'hypothèque légale de la femme n'a jamais cessé de le grever, que sa renonciation doit être tenue pour non avenue. Est-ce bien exact? La résolution n'a pas été prononcée purement et simplement par la justice; elle a été subordonnée à cette obligation, on pourrait peut-être dire à cette condition que les parties seraient remises au même et semblable état qu'avant le contrat. Tant que cette obligation n'est pas remplie, nul ne peut se prévaloir de la résolution et de ses conséquences. Sans doute la vente est résolue en droit, et l'acheteur devenu créancier jouit d'un droit de rétention. Sans doute ce droit de rétention ne peut pas être opposé aux créanciers hypothécaires antérieurs. Mais il faut pour cela que l'hypothèque ne doive pas sa naissance ou mieux sa restauration à la résolution elle-même. Sinon, elle ne peut revivre qu'après l'accomplissement des obligations nées de la résolution et à l'exécution desquelles celle-ci est subordonnée. Peu importe donc que la résolution soit prononcée au profit de l'acheteur ou contre lui; dans l'une et l'autre hypothèses, la solution doit être la même [1].

1072. En vertu des principes généraux, la renonciation par la femme à son hypothèque légale s'interprète d'une manière restrictive. Faite au profit du tiers acquéreur d'un immeuble propre du mari ou d'un conquêt de communauté, elle n'a pour but que de le mettre à l'abri de tout danger d'éviction de ce chef. Il en résulte d'abord que l'effet de la renonciation doit être limité à l'immeuble, objet de la convention [2], et d'autre part que, profitant seulement à l'acquéreur, elle ne peut pas être invoquée par les créanciers

[1] Labbé, *Note* dans S., *loc. cit.*, et la note de D., *loc. cit.*; Guillouard, 1911-1912. — Cpr. Civ. cass., 31 mars 1851, D., 51. 1. 65, S., 51. 1. 305.

[2] Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd., p. 758. — Cpr. L. et A. Mérignhac, 171.

du mari; en conséquence, elle affranchit seulement l'immeuble de l'éventualité d'une surenchère, au moins dans le cas où il n'existe pas de créanciers hypothécaires postérieurs. Par conséquent, la renonciation a des résultats analogues à ceux qu'engendre la purge; le droit de suite ne peut plus être exercé; mais le droit de préférence continue de subsister sur le prix dû par l'acheteur. Cette interprétation fait produire à la clause les effets que les parties avaient en vue [1]. Cette règle a d'ailleurs été formellement consacrée par la loi du 13 février 1889, qui a complété les dispositions de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855.

C. *En quelles formes doit être faite la cession ou la renonciation.*

1073. Remarquons tout d'abord que la validité des subrogations ou renonciations à l'hypothèque légale n'est pas subordonnée à l'accomplissement des formalités édictées par les art. 2144 et 2145 pour la réduction de cette hypothèque. L'opinion contraire a bien été soutenue à l'origine [2], mais elle est maintenant à peu près abandonnée. En effet ces deux opérations diffèrent profondément; et en l'absence d'une disposition prohibitive de la loi, il faut reconnaître à la femme la faculté de disposer de son hypothèque comme de tous les autres biens faisant partie de son patrimoine, sans avoir besoin de remplir des formalités prescrites seulement pour une autre hypothèse [3].

[1] Pont, I, 485; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd., p. 464. — Civ. cass., 14 janv. 1817, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 1003, S., 17. 1. 146. — Amiens, 19 décembre 1846, D., 47. 2. 97, S., 47. 2. 193. — Lyon, 15 mai 1847, S., 48. 2. 230. — Req., 21 fév. 1849, D., 49. 1. 157, S., 49. 1. 643. — Amiens, 16 fév. 1854, D., 54. 2. 148, S., 54. 2. 260 et sur pourvoi, Civ. rej., 6 nov. 1855, D., 55. 1. 449, S., 56. 1. 235. — Angers, 16 fév. 1864, D., 64. 2. 152. — Agen, 14 mars 1866, D., 67. 2. 129, S., 67. 2. 55. — Agen, 21 mars 1866, D., 67. 2. 129. — Paris, 10 fév. 1873, D., 74. 2. 133, S. (sous cassation), 75. 1. 145. — Dijon, 17 et 19 nov. 1876, D., 78. 2. 57, S., 77. 2. 261. — Cpr. Amiens, 3 mars 1853, D., 54. 5. 427. — Metz, 31 déc. 1867, D., 68. 2. 145, S., 69. 2. 5.

[2] Req., 9 janv. 1822, S., 23. 1. 148.

[3] Troplong, II, 643 *bis*; Duranton, XX, 72; Pont, I, 454 et 543; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et notes 81 et 82, III, 4e éd. p 246, 5e éd. p. 413-414; § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 470, 5e éd. p. 770; Thézard, 102; Colmet de Santerre, IX, 115 *bis*-IV; L. et A. Mérignhac, 50, 194; Le Baron, *Etud. sur l'hyp. lég. de la femme*, 397; Huc, XIII, 290; Guillouard, IV, 1742; Planiol, II, 3473. — Civ. cass., 12 fév. 1811, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 2687, S., 11. 1. 157. — Metz, 13 juil. 1820, *J. G.*, eod. vo,

Il en est ainsi non seulement lorsque la subrogation a lieu au profit d'un créancier du mari, mais encore lorsqu'elle se présente sous la forme d'une renonciation au profit d'un tiers acquéreur et qu'elle intervient soit au moment de l'aliénation, soit par acte postérieur, soit sous la forme d'une ratification de la vente émanée du mari (1), soit sous la forme d'une mainlevée donnée par la femme (2). Ces solutions ne nous paraissent plus pouvoir être contestées depuis les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889. Il en est ainsi alors même que la femme n'a aucun intérêt personnel à l'opération et ne se propose que d'augmenter le crédit de son mari (3).

Cependant si l'opération avait eu lieu non pas en faveur d'un tiers, mais uniquement en faveur du mari seul, si elle avait pour seul but de réduire au profit de ce dernier l'hypothèque légale, elle devrait être annulée pour inobservation des formalités prescrites par les art. 2144 et 2145 (4).

Il nous faut donc étudier les formalités à l'observation desquelles sont subordonnées la validité et l'efficacité de la subrogation ou de la renonciation à l'hypothèque légale. Pour plus de clarté, nous distinguerons suivant que ces conventions interviennent en faveur d'un créancier ou au profit d'un acquéreur.

978, S., 21. 2. 176. — Req., 9 janv. 1822, *J. G.*, eod. v°, 979, S., 23. 1. 148. — Civ. rej., 28 juil. 1823, *J. G.*, eod. v°, 978, S., 23. 1. 414. — Nancy, 24 janv. 1825, *J. G.*, eod. v°, 989, S., 35. 2. 84. — Lyon, 13 avril 1832, S., 32. 2. 492. — Paris, 28 août 1844, *J. G.*, eod. v°, 981, S., 44. 2. 540. — Req., 30 juil. 1845, D., 45. 1. 332, S., 45. 1. 711. — Douai, 20 mars 1851, D., 52. 2. 137, S., 51. 2. 481. — Metz, 13 déc. 1854, D., 56. 2. 243, S., 55. 2. 193. — Nîmes, 5 août 1862, D., 63. 2. 29, S., 62. 2. 102. — Chambéry, 19 nov. 1877, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 517, S., 78. 2. 5. — Civ. rej., 28 nov. 1892, D., 93. 1. 62, S., 93. 1. 191.

(1) Lyon, 21 déc. 1840, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 978, S., 41. 2. 268.

(2) Trib. civ. Nantes, 17 juil. 1871, *J. G. Suppl*, v° *Priv. et hyp.*, 561, S., 72. 2. 26.

(3) Bordeaux, 7 avril 1834, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 980, S., 34. 2. 358. — Lyon, 21 déc. 1840, *J. G.*, eod. v°, 978. — Req., 30 juil. 1845, D., 45. 1. 332, S., 45. 1. 711. — Douai, 20 mars 1851, D., 51. 2. 137, S., 51. 2. 481.

(4) Civ. cass., 26 avril 1864, D., 64. 1. 181, S., 64. 1. 396, et sur renvoi, Montpellier, 30 nov. 1864, D., 65. 2. 216, S., 65. 2. 143. — Civ. rej., 28 nov. 1892, D., 93. 1. 62, S., 93. 1. 191. — *Contra* Nancy, 4 mai 1886 (sous Civ. cass., 11 mai 1890), D., 91. 1. 35, mais cet arrêt a été cassé pour défaut de motifs.

1. Subrogation, cession ou renonciation en faveur d'un créancier.

1074. Comme nous l'avons dit, le code n'assujettissait la validité et l'efficacité de ces cessions ou renonciations à aucune condition de forme ou de publicité. Il n'y avait pas lieu d'observer l'art. 1690 (1). On suivait les règles de droit commun en matière de transmission de droits réels. Ces conventions pouvaient être constatées par acte sous seing privé (2). L'ordre de préférence entre les subrogés successifs se déterminait par la date des subrogations. Aucune condition de publicité ne leur était imposée (3).

Cette jurisprudence, qui a continué de régir les subrogations antérieures au 1er janvier 1856 (4), présentait les plus graves inconvénients. Elle exposait la femme à perdre ses droits en vertu d'un acte dont souvent elle ne comprenait pas toute la gravité. Elle ne fournissait pas aux tiers le moyen de traiter en pleine sécurité et en parfaite connaissance de cause.

L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 a prévenu le premier de ces dangers en exigeant que la subrogation à l'hypothèque légale fût constatée par un acte authentique.

Cette condition est également requise pour que les tribunaux puissent, en condamnant la femme à exécuter la pro-

(1) *Supra*, II, 1054.

(2) Pont, I, 466; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 14, III, 4e éd. p. 465, 5e éd. p. 758. — Nancy, 24 juin 1825, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 989, S., 35. 2. 84. — Civ. rej., 24 janv. 1838, *J. G.*, eod. v°, 985, S., 38. 1. 97. — Bordeaux, 10 avril 1845, D., 47. 2. 166. — Paris, 18 mars 1848, D., 48. 2. 65, S., 48. 2. 307. — Paris, 30 juin 1853, D., 55. 2. 356. — Req., 13 nov. 1854, D., 55. 1. 113, S., 55. 1. 193. — Metz, 22 janv. 1856, D., 56. 2. 152, S., 56. 2. 395.

(3) Thézard, 231 : Colmet de Santerre, IX, 107 *bis*-VI ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 465, 5e éd. p. 758; Guillouard, IV, 1806. — Paris, 12 déc. 1817, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V. 2. 338. — Nancy, 24 janv. 1825, S., 35. 2. 84. — Req., 2 avril 1829, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 989. — Civ. rej., 24 janv. 1838, S., 38. 1. 97. — Bordeaux, 10 avril 1845, S., 47. 2. 166. — Paris, 18 mars 1848, D., 48. 2. 65, S., 48. 2. 307. — Paris, 30 juin 1853, D., 55. 2. 357, S., 55. 2. 177. — Amiens, 11 mars 1854 et sur pourvoi Req., 8 août 1854, D., 54. 1. 337, S., 54. 1. 121. — Req., 13 nov. 1854, D., 55. 1. 113, S., 55. 1. 193. — Metz, 22 janv. 1856, D., 56. 2. 152, S., 56. 2. 395.

(4) Art. 11, L. 23 mars 1855. — Flandin, II, 1514; Verdier, II, 708 et 723; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 16, III, 4e éd. p. 465, 5e éd. p. 758-759. — Civ. rej., 9 mai 1860, D., 60. 1. 217, S., 60. 1. 613. — Civ. rej., 3 juill. 1866, D., 66. 1. 291, S., 66. 1. 345.

messe de subrogation par elle faite, dire que, faute par elle de remplir son engagement dans un délai déterminé, le jugement vaudra subrogation. La promesse faite par acte sous seing privé ne pourrait donner lieu qu'à l'allocation de dommages-intérêts (1).

1075. La nécessité d'un acte authentique ne s'explique pas seulement par l'intérêt des tiers, comme on l'a prétendu (2), mais encore par la volonté du législateur de protéger la femme contre sa propre faiblesse. Sans doute, ainsi que l'a dit M. Suin dans l'exposé des motifs, « l'acte de subrogation doit être » authentique, puisqu'il doit servir de première base à une » inscription qui ne peut se fonder que sur un acte solennel ». Mais la généralité des termes de l'art. 9, qui ne parle des tiers qu'à propos de la publicité, nous prouve que l'exigence absolue d'un acte authentique se justifie par d'autres considérations, et celles-ci ne peuvent être tirées que de l'intérêt de la femme. En effet il est à craindre que le mari n'abuse de l'inexpérience de celle-ci, de la confiance qu'il lui inspire, de l'autorité dont il est investi, pour lui faire signer des actes qu'elle ne lit pas peut-être, qu'elle ne comprend pas toujours. La présence d'un officier public est une garantie contre la violence ; elle donne la certitude que l'acte sera lu aux parties avant la signature ; enfin elle place auprès de la femme un conseil désintéressé, dont les avis l'éclaireront (3).

1075 I. C'est pourquoi, nous appliquerons ici la même règle que pour les constitutions d'hypothèques conventionnelles. Si la femme se fait représenter par un mandataire, celui-ci devra être porteur d'une procuration authentique (4). L'acte peut être reçu en brevet (5).

(1) Guillouard, IV, 1792 ; L. et A. Mérignhac, 30. — Paris, 14 déc. 1893, *Pand. franç.*, 95. 2. 157.

(2) Rivière et Huguet, 390 ; Flandin, II, 1547 ; Bressolles, 104 ; Pont, II, 798.

(3) Verdier, II, 670 ; Guillouard, IV, 1747, et les auteurs cités *infra*, II, 1082 et 1087 à propos du caractère de la nullité. — V. Besançon, 17 novembre 1897, D., 99. 2. 76.

(4) L. et A. Mérignhac, 58 ; Labbé, *Note* dans S., 81. 1. 441 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 17 *decies*, III, 5e éd. p. 762 ; Guillouard, IV, 1749. — Req., 24 mai 1886, D., 87. 1. 222, S., 86. 1. 247. — V. *infra*, II, 1413.

(5) Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 17 *undecies*, III, 5e éd. p. 762 ; L. et A. Mérignhac, 58.

1076. Pour le même motif nous déciderons que cette condition doit être remplie dans tous les cas, sous quelque forme que se présente la subrogation à l'hypothèque légale, cession ou renonciation, cession de l'hypothèque légale, cession d'antériorité, renonciation expresse ou tacite au profit d'un créancier du mari. La loi est générale ; elle n'autorise aucune distinction ; le danger est le même ; les précautions doivent être identiques.

La rédaction d'un acte authentique serait indispensable dans le cas où la femme aurait déclaré céder ses droits et reprises. Les formes de l'art. 1690 ne suffiraient pas. Nous ne saurions nous contenter d'un acte sous seing privé accompagné d'une notification extra-judiciaire ou d'une acceptation par acte authentique. L'observation de cet article donnerait satisfaction à la loi, s'il s'agissait d'une véritable cession-transport. Mais, nous l'avons déjà vu (1), ce n'est pas sa créance hypothécaire que la femme a l'intention de transmettre au cessionnaire. C'est une garantie qu'elle entend lui procurer ; la convention n'est en réalité, quoique sous une apparence différente, qu'une subrogation à l'hypothèque légale. Il est donc logique de la soumettre à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. Autrement il serait trop facile d'éluder ces dispositions protectrices (2).

1077. En serait-il de même si l'acte présentait tous les caractères d'une véritable cession de créance et si l'intention des parties était bien d'opérer un transport?

Il est difficile de donner au contrat cette interprétation s'il intervient pendant la durée du mariage, parce que la convention a seulement pour but de mettre le cessionnaire à l'abri de l'exercice de l'hypothèque légale et parce que l'intention des parties n'a pas été de transmettre une créance dont il est impossible d'apprécier actuellement les éléments. Cependant,

(1) *Supra*, II, 1058.

(2) Troplong, *Transcr.*, 334 à 336 ; Mourlon, II, 392, et *Transcr.*, II, 1104 ; Flandin, II, 1555 et 1559 ; Verdier, II, 673 ; Pont, I, 469 ; Bertauld, 93 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 20, III, 4e éd. p. 468, 5e éd. p. 764-765 ; Thézard, 112 ; Guillouard, IV, 1727, 1751 ; L. et A. Mérignhac, 62. — Cpr. Toulouse, 24 fév. 1892, *J. G. Suppl.*, vo *Priv. et hyp.*, 533, S., 93. 2. 105. — *Contra* Rivière et Huguet, 393 s.

la question peut se présenter, au moins dans le cas où la femme, après avoir renoncé à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari, veut disposer en faveur d'un tiers du droit de préférence qui a survécu à l'extinction du droit de suite. Nous retrouverons cette difficulté en commentant la loi du 13 février 1889 (1).

Pour le moment, nous nous plaçons après la dissolution du mariage. La créance des reprises se trouve fixée dans ses éléments; elle n'attend plus que la liquidation qui en déterminera le montant. La femme ou ses héritiers ont incontestablement le droit d'en disposer; la cession, qui en serait consentie, transmettra en même temps au cessionnaire tous les accessoires qui en dépendent (art. 1692) et au nombre desquels figure l'hypothèque légale. Nous inclinons à penser que cette convention, si elle présente bien les caractères d'une cession, si notamment elle a été consentie moyennant un prix, sera régie par les règles du code civil, qu'elle pourra donc être constatée par un acte sous seing privé et que le cessionnaire sera saisi à l'égard des tiers par les formalités de l'art. 1690 (2). A plus forte raison en serait-il de même s'il s'agissait d'une subrogation dans les termes de l'art. 1250 (3).

1078. Mais il peut arriver que, même après la dissolution du mariage, la femme ou ses héritiers subrogent un tiers dans l'effet de l'hypothèque légale. La convention sera peut-être assez rare d'abord parce que, comme nous venons de le voir, les parties auront la faculté de recourir à une cession de créance régie par les principes du droit commun, ensuite parce que la femme ou ses héritiers peuvent renoncer purement et simplement à l'hypothèque légale. L'intérêt que présentait la subrogation n'existe donc plus dans les mêmes conditions. Cependant il peut se faire que la femme ou ses héritiers aient recours à ce procédé pour offrir simplement une garantie à un créancier. A quelles formalités sera soumise cette convention?

(1) *Infra*, II, 1150.

(2) Beudant, II, 866. — Cpr. Huc, XIII, 297; L. et A. Mérignhac, 179-182. — Cpr. Civ. cass., 11 juin 1890, D., 91. 1. 35.

(3) Beudant, II, 866.

Il semble bien qu'elle s'analyse en une cession d'hypothèque. Mais alors c'est une cession d'hypothèque légale de femme mariée; ne doit-elle pas être assujettie aux formalités édictées par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855? La cour de Toulouse, saisie de la question, s'est prononcée pour l'affirmative (1). En faveur de cette solution, on invoque la généralité des termes de l'art. 9 de la loi de 1855 qui s'applique, dit-on, à toute subrogation à l'hypothèque légale d'une femme mariée, aussi bien à celle qui est consentie après la dissolution du mariage qu'à celle qui intervient pendant sa durée. On soutient que l'efficacité de cette subrogation est subordonnée à la condition de publicité; on en conclut que la rédaction d'un acte authentique est nécessaire, sinon pour la validité de la convention *inter partes*, du moins pour servir de base à l'inscription ou à la mention destinée à rendre la subrogation opposable aux tiers (2).

1079. Cette argumentation nous laisse bien des doutes. Nous observons tout d'abord que si l'art. 9 de la loi de 1855 doit recevoir son application, la rédaction d'un acte authentique sera indispensable même *inter partes* (3); il est bien difficile d'admettre une application atténuée et limitée de l'art. 9. Mais allons plus loin et exposons les motifs de nos hésitations. La convention dont nous parlons peut se produire pour l'hypothèque légale du mineur comme pour l'hypothèque légale de la femme mariée. Le mineur devenu majeur ou les héritiers du mineur peuvent céder aussi l'hypothèque légale qui leur appartient. Or cette cession ne serait subordonnée à aucune condition de forme et on ne voit pas pourquoi il en serait autrement après la dissolution du mariage pour la femme ou ses héritiers. Il est donc probable que le législateur a seulement réglementé les subrogations consenties pendant le mariage; autrement il aurait édicté une disposition générale applicable à l'hypothèque légale du mineur comme à celle de la femme mariée. Le texte corrobore cette

(1) Toulouse, 24 ou 29 fév. 1892, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 533, S., 93. 2. 105.

(2) *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 573; Huc, XIII, 297; Beudant, II, 838.

(3) *Infra*, II, 1082 et 1087.

observation. Car il parle du cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, laissant ainsi entendre qu'il existe des cas où elles ne le peuvent pas. Or, après la dissolution du mariage, elles le peuvent toujours, elles le peuvent au profit de leur mari ou de ses héritiers aussi bien qu'au profit des tiers, et à moins d'appliquer l'art. 9 à la renonciation dont parle l'art. 2180, à la renonciation purement extinctive, il faut reconnaître que ce texte est étranger à notre hypothèse. Il existe sans doute entre les deux cas une différence, la renonciation de l'art. 2180 est, comme nous venons de le dire, purement extinctive. Ici au contraire la convention est translative. Mais, si elle transfère une hypothèque, elle n'émane pas d'une femme actuellement mariée et dès lors c'est le droit commun qui doit recevoir son application. Telles sont les raisons qui nous font douter de l'exactitude de la solution de l'arrêt de la cour de Toulouse.

1080. Si l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 exige un acte authentique, il n'ordonne pas que l'acte, s'il est notarié, soit retenu en minute, il peut donc être reçu en brevet (1); il n'ordonne pas, comme le fait l'art. 2127 pour l'hypothèque conventionnelle, que cet acte soit passé devant notaires. Par conséquent, la subrogation à l'hypothèque légale peut être régulièrement constatée non seulement par un acte notarié, mais encore par tout acte dressé conformément aux dispositions de l'art. 1317. Elle pourrait résulter d'un jugement constatant que la femme a consenti devant le juge ou du procès-verbal d'une réunion de créanciers dressé par le juge-commissaire d'une faillite et même des procès-verbaux de conciliation dressés par les juges de paix (2).

1081. La sanction de la loi consiste dans la nullité de la subrogation ou de la renonciation à l'hypothèque légale. L'art. 9 ne la prononce pas expressément; mais elle résulte virtuellement de la formule impérative de la loi de 1855. Cette

(1) Wable, *op. cit.*, 75; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 17 *sexties*, III, 5e éd. p. 762; L. et A. Mérignhac, 57. — Rapp. *infra*, II, 1411.

(2) Wable, *op. cit.*, 74; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 17 *quinquies*, III, 5e éd. p. 761-762; Guillouard, IV, 1748; L. et A. Mérignhac, 57. — *Contra* Escorbiac, *op. cit.*, p. 134; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 69.

argumentation trouve un appui très ferme dans la manière dont les auteurs de la loi de 1855 ont envisagé la subrogation à l'hypothèque légale. Ils en ont fait un acte solennel, comme le dit la cour de cassation [1]; l'inobservation des formalités prescrites par la loi en entraîne la nullité ou même l'inexistence, si on admet la distinction des actes nuls et des actes inexistants. Du reste, cette interprétation est confirmée par la loi du 13 février 1889. Elle dit positivement que la renonciation « n'est *valable* que si elle est contenue dans un acte authentique ». S'il en est ainsi de la renonciation faite au profit d'un tiers acquéreur, il doit, par identité de motifs, en être de même de la renonciation expresse ou tacite en faveur d'un créancier et, d'une manière générale, de la subrogation à l'hypothèque légale [2].

1082. Par qui peut être invoquée la nullité résultant du défaut d'authenticité de la cession ou renonciation?

Certainement elle peut l'être par les autres créanciers, auxquels la subrogation préjudicie et qui ont intérêt à la faire écarter. En conséquence, les subrogés postérieurs et même les créanciers chirographaires de la femme auront le droit de s'en prévaloir [3].

Mais peut-elle être aussi proposée par la femme? Si la rédaction d'un acte authentique avait été imposée exclusivement dans l'intérêt des tiers, il faudrait refuser ce droit à la femme. C'est effectivement la théorie qu'enseignent les auteurs qui ont présenté cette thèse [4]. Mais nous avons admis [5] que l'art. 9 de la loi de 1855 avait été édicté aussi, peut-être même principalement, dans l'intérêt de la femme, et il n'est pas douteux que la prescription identique de la loi du 13 fé-

[1] Req., 22 nov. 1880, D., 81. 1. 58, S., 81. 1. 473.

[2] Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 467, 5e éd. p. 763; Colmet de Santerre, IX, 107 *bis*-IX; L. et A. Mérignhac, 59, 93; Wable, *op. cit.*, 81; Huc, XIII, 297; Beudant, II, p. 287, note 3. — Cpr. Req., 14 déc. 1858, D., 59. 1. 150, S., 60. 1. 987. — Poitiers, 4 déc. 1899, D., 00. 2. 171.

[3] Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 79; Wable, *op. cit.*, 80; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 18 *bis*, III, 5e éd. p. 763; L. et A. Mérignhac, 56, 59, 60.

[4] Rivière et Huguet, 390; Flandin, II, 1547; Rivière et François, 138 *quater*; Bressolles, 104; Thézard, 112. — Cpr. Troplong, *Transcr.*, 342; Pont, I, 467. — Rapp., Nancy, 4 mai 1886, D. (sous cassation), 91. 1. 35.

[5] *Supra*, II, 1075.

vrier 1889 ait pour but de sauvegarder les intérêts de celle-ci. Or, il n'y a pas de motifs pour distinguer entre la renonciation au profit d'un tiers acquéreur et la subrogation à l'hypothèque légale. Nous sommes ainsi logiquement conduits à la solution contraire. On objecte cependant qu'il n'y a pas d'action sans intérêt et que la femme n'a pas intérêt à la nullité ou tout au moins qu'on doit lui refuser le droit de l'invoquer lorsqu'elle n'y a pas intérêt. L'objection n'est pas toujours fondée. En consentant la subrogation à son hypothèque, la femme a pu ne pas s'obliger personnellement. Dans ce cas, son intérêt est manifeste ; elle ne peut pas être poursuivie par action personnelle et par la nullité de la subrogation elle recouvrera l'exercice exclusif de son hypothèque. Lorsqu'elle s'est obligée personnellement par le contrat, son intérêt est moins évident ; il n'est pas moins certain. Si le subrogé ne peut plus, la nullité prononcée, demander à être colloqué en son nom personnel, il aura toujours le droit de réclamer sa part du bénéfice de la collocation attribuée à la femme ; jusqu'à concurrence de la créance, la femme ne retirera aucun avantage de l'annulation de la subrogation ; à défaut d'intérêt, elle ne doit pas pouvoir la demander. L'objection paraît pressante ; la réponse est facile ; la femme a intérêt à l'annulation de la subrogation pour se ménager un instrument de crédit et se procurer, au moyen de cette garantie qu'elle offrira à d'autres, les fonds dont elle peut avoir besoin [1].

2. *Renonciation à l'hypothèque légale au profit d'un acquéreur.*

1083. La règle que nous venons d'exposer s'applique-t-elle à la renonciation à l'hypothèque légale consentie en faveur de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou d'un immeuble de la communauté? Avant la loi du 23 mars 1855, aucun

(1) Mourlon, *Trancr.*, II, 1005; Bertauld, 82 et 83; Verdier, II, 670; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 19, III, 4e éd. p. 468, 5e éd. p. 763-764; Barafort, *Fragments sur le rég. hyp.*, p. 89; Georges le Baron, *Etude sur l'hyp. lég. de la femme mariée*, 603 s.; Jules Garnier, *Subrog. à l'hyp. lég.*, 280 s.; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XVII; Wable, 81; Huc, XIII, 297; Guillouard, IV, 1747; Beudant, II, p. 287, note 3; L. et A. Mérignhac, 60, 61; Planiol, II, 3475. — Trib. de Bourganeuf, 27 fév. 1869, D., 74. 5. 290, S., 69. 2. 88. — Req., 22 nov. 1880, D., 81. 1. 58, S., 81. 1. 473. — Cpr. Amiens, 26 mai 1874, D., 76. 2. 130.

texte n'exigeait l'authenticité, et la renonciation expresse ou tacite au profit d'un acquéreur pouvait être constatée par un acte sous seing privé. Mais en modifiant cet état de choses, la loi de 1855 n'a-t-elle pas soumis à l'authenticité la renonciation qui intervient au profit d'un acquéreur aussi bien que celle qui est consentie en faveur d'un créancier? La question était vivement controversée.

Les uns prétendaient que les auteurs de la loi de 1855 n'avaient en vue que les renonciations translatives que la pratique avait qualifiées de subrogations à l'hypothèque légale, qu'en conséquence, les renonciations au profit d'un tiers acquéreur étant extinctives échappaient aux prescriptions de l'art. 9, au point de vue de la nécessité d'un acte authentique (1).

D'autres faisaient remarquer que la renonciation en faveur de l'acquéreur n'a pas toujours un caractère purement extinctif, qu'elle est souvent translative et qu'il en est ainsi lorsqu'il existe sur l'immeuble d'autres hypothèques postérieures à celle de la femme, et que, dans ce cas au moins, la loi de 1855 devait recevoir son application. Enfin, on invoquait la généralité des termes de l'art. 9, qui ne distingue pas entre la renonciation au profit de l'acquéreur et la renonciation au profit d'un créancier; on observait que, dans l'un et dans l'autre cas, l'hypothèque légale est également perdue pour la femme et qu'il est également nécessaire de la protéger. On décidait, en conséquence, que la renonciation au profit de l'acquéreur ne pouvait résulter que d'un acte authentique (2).

1084. Il nous paraît inutile d'insister sur cette controverse

(1) Troplong, *Transcr.*, 331, 332; Pont, I, 486, et *Rev. du notar.*, VIII, p. 161, n. 1703; Mourlon, *Transcr.*, II, 970 et 1105; Berger, *Transcr.*, 347; Flandin, II, 1547; Thézard, 114; Mérignhac, 1re éd. 149 s.; Tissier, *Rev. crit.*, 1889, *Nouv. série*, XVIII, p. 634; Wable, *op. cit.*, 18. — Cpr. Orléans, 21 mars 1894, D., 94. 2. 529 (*Note* de M. de Loynes), S., 94. 2. 274 et sur pourvoi Req., 30 juill. 1895, D., 96. 1. 302, S., 99. 1. 319.

(2) Bertauld, 83; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 18, III, 4e éd. p. 466; Garnier, *Subr. à l'hyp. lég. de la femme mariée*, 603 s.; Le Baron, *Et. sur l'hyp., lég. de la femme mariée*, 603; Larombière, *Oblig.*, III, p. 251 252; Labbé, *Rev. crit.*, 1881, *Nouv. série*, X, p. 339; Verdier, II, 754. — Cpr. Lyon, 6 mars 1880, et sur pourvoi Req., 22 nov. 1880, D., 81. 1. 58, et le rapport de M. le conseiller Crépon, S., 81. 1. 473 (*Note* de M. Bufnoir).

qui n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique. La question a été tranchée dans le sens de la dernière opinion par la loi du 13 février 1889. « *Dans tous les cas cette renonciation n'est* » *valable et ne produit les effets ci-dessus que si elle est con-* » *tenue dans un acte authentique* » (al. 2 du nouveau texte).

Que la renonciation de la femme soit expresse ou tacite [1], qu'elle soit contenue dans l'acte d'aliénation ou qu'elle résulte d'un acte postérieur [2], la règle est la même.

Cette disposition a été vivement critiquée au sénat par M. Léon Clément, qui a fait remarquer qu'il se fait annuellement en France 800.000 ventes d'immeubles de 200 fr. et au-dessous, et que l'obligation de passer des ventes aussi minimes par acte notarié, pour obtenir la renonciation de la femme du vendeur à son hypothèque légale, grèverait l'acquisition d'une charge fort lourde, les frais d'un acte notarié ne pouvant pas être au-dessous de 20, 30 ou 40 francs. M. Léon Clément ajoutait qu'on ne fait pas de difficulté pour considérer un créancier hypothécaire ordinaire comme ayant valablement renoncé à son hypothèque, lorsqu'il a concouru à l'acte de vente sous seing privé passé par le débiteur, et qu'on ne voit pas pourquoi il en serait autrement pour l'hypothèque légale de la femme.

On a répondu, d'abord que l'authenticité est une mesure de protection pour la femme (le notaire ou l'officier public sera là pour l'avertir des conséquences du consentement qu'elle donne à la vente), ensuite qu'il importait de mettre de l'harmonie dans la loi. Comprendrait-on que la renonciaciation de la femme à son hypothèque légale pût être valablement constatée par acte sous seing privé, lorsqu'elle est contenue dans l'acte même d'aliénation, alors qu'elle doit nécessairement être faite par acte authentique, quand elle a lieu postérieurement ?

1085. Comme l'art. 9 de la loi de 1855 [3], la loi du 13 février 1889 parle d'un acte authentique, elle n'exige pas un

(1) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 69; Emion et Herselin, *op. cit.*, 12; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 761.

(2) V. les auteurs cités à la note précédente.

(3) *Supra*, II, 1080.

acte notarié [1]. Elle pourra donc être constatée par le procès-verbal du juge-commissaire d'une faillite ou par un jugement.

Si les parties ont recours à un acte notarié, elles devront le faire recevoir en minute si la renonciation est contenue dans l'acte même d'aliénation (art. 20, § 1, L. 21 ventôse an XI) [2], ou s'il est accompagné d'une mainlevée de l'inscription de l'hypothèque légale antérieurement requise (art. 2158) [3]. En dehors de ces cas il pourra être dressé en brevet [4]. La procuration donnée par la femme à un tiers à l'effet de renoncer à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur devrait être constatée par un acte authentique, mais cet acte pourrait être reçu en brevet [5].

Elle pourrait aussi être constatée par un acte sous seing privé pourvu qu'il fût déposé au rang des minutes d'un notaire dans les conditions que nous déterminerons [6].

1086. La renonciation de la femme a-t-elle besoin d'être acceptée par le tiers acquéreur ? La jurisprudence a consacré à diverses reprises la négative. Elle considère que cette renonciation, étant purement abdicative, est un acte unilatéral et qu'elle est parfaite par le seul consentement de la femme [7].

Nous hésitons beaucoup à accepter cette théorie [8]. La renonciation de la femme n'est pas une renonciation pure et simple ; autrement elle se rapprocherait singulièrement de la

[1] Wable, *op. cit.*, 74 ; Mourlon, *Transcr.*, II, 1012 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 17 *quinquies*, III, 5e éd. p. 761-762 ; L. et A. Mérignhac, 195 ; Guillouard, IV, 1804. — *Contra* Escorbiac, *Lois nouv.*, 1890, p. 134.

[2] Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 17 *septies*, III, 5e éd. p. 762 ; L. et A. Mérignhac, 195.

[3] Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 17 *octies*, III, 5e éd. p. 762 ; Amiaud, *Tr. gén. du notar.*, vo *Hyp. lég.*, § 6, n. 42 ; L. et A. Mérignhac, 195.

[4] Wable, *op. cit.*, 75 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 17 *sexties*, III, 5e éd. p. 762 ; L. et A. Mérignhac, 195 ; Guillouard, IV, 1805.

[5] Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 762 ; L. et A. Mérignhac, 58, 196 ; Guillouard, IV, 1806.

[6] *Infra*, II, 1089.

[7] Req., 19 nov. 1855, D., 56. 1. 175, S., 56. 1. 145. — Nîmes, 5 août 1862, D., 63. 2. 29, S., 62. 2. 402. — Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 18, III, 5e éd. p. 763 ; Guillouard, IV, 1808.

[8] *Infra*, III, 2259 ; L. et A. Mérignhac, 50 ; Huc, XIII, 297.

réduction de l'hypothèque légale, se confondrait peut-être même avec elle. Or la femme ne peut pas consentir une semblable convention sans observer les formalités des art. 2144 et 2145. Si la renonciation au profit de l'acquéreur échappe à l'empire de ces dispositions, c'est parce qu'elle intervient dans l'intérêt d'une personne déterminée. Elle présente ainsi tous les caractères d'un contrat ou d'une convention et ne peut recevoir sa perfection que du concours des volontés. Il est dès lors nécessaire que la renonciation de la femme soit acceptée par le tiers acquéreur (1) ; mais cette acceptation est régie par les principes du droit commun ; elle peut être expresse ou tacite ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit constatée par un acte authentique. L'art. 9 de la loi de 1855 a été édicté dans l'intérêt de la femme et non dans l'intérêt du tiers acquéreur. Indispensable pour la validité de la renonciation, l'acte authentique n'est pas exigé pour la validité de son acceptation (2).

1087. La sanction des prescriptions de la loi du 13 février 1889, comme celle de l'art. 9 de la loi de 1855, consiste dans la nullité de la renonciation qui ne serait pas constatée par ou ne résulterait pas d'un acte authentique. Le doute n'est pas ici possible. L'authenticité est une condition requise pour la validité de la renonciation : cette nullité peut être invoquée par la femme aussi bien que par les tiers (3). Il est certain que cette formalité est une mesure de protection prise dans l'intérêt de la femme. Les travaux préparatoires indiquent très clairement la pensée du législateur à cet égard (4).

Est-ce à dire que la femme aura toujours intérêt à se prévaloir de cette nullité ? Oui, s'il s'agit d'une renonciation expresse et si elle s'est contentée de renoncer à son hypothèque sans contracter aucun engagement personnel. Mais

(1) Wable, *op. cit.*, 76 s. : L. et A. Mérignhac, 50, 57, 196.

(2) Wable, *op. cit.*, 77.

(3) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 79 ; Wable, *op. cit.*, 80 ; Aubry et Rau, § 288 *bis* texte et note 18 *bis*, III, 5e éd. p. 763 ; Guillouard, IV, 1809 ; Dalmbert, Append. I, 9 ; L. et A. Mérignhac, 197.

(4) V. notamment le rapport de M. Merlin et le discours prononcé par M. Trarieux au Sénat dans la séance du 29 octobre 1888, *Journ. off.* 30 oct. 1888, *Débats parlem.*, Sénat, p. 1993.

ordinairement il en sera autrement, elle n'aura pas seulement renoncé à son hypothèque légale ; elle aura figuré à l'acte comme covenderesse, garante ou caution de son mari. Le défaut d'authenticité frappe bien la renonciation d'inefficacité ; mais il est sans influence sur l'obligation personnelle de la femme ; si elle veut agir contre le tiers détenteur de l'immeuble aliéné par le mari, elle pourra bien se prévaloir de la nullité de sa renonciation (1), mais elle se verra opposer l'exception de garantie et sa poursuite sera paralysée par la règle : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Elle n'aura donc aucun intérêt à opposer la nullité de la renonciation (2). Il en sera autrement pour les tiers qu'elle aurait subrogés dans son hypothèque légale ; la nullité de la renonciation leur procurera le moyen d'agir contre le tiers acquéreur sans avoir à redouter aucune exception (3).

1088. Une situation analogue peut se présenter lorsque le mari a aliéné un immeuble de communauté et que la femme demeurée étrangère à cette aliénation accepte ultérieurement la communauté. Un auteur enseigne que l'acceptation de la femme, à moins qu'elle ne se produise par un acte authentique (ce qui sera bien rare), n'entraînera pas renonciation à son hypothèque légale sur les conquêts aliénés par le mari (4).

Cependant on pourrait soutenir, avec quelque apparence de raison, que la loi de 1889 est étrangère à ce cas, prévoit exclusivement la renonciation directe et principale, ne régit pas celle qui serait la conséquence d'un acte tout différent, tel que l'acceptation de la communauté, est restreinte à la renonciation intervenue pendant le mariage et laisse sous l'empire des principes généraux les actes accomplis après la dissolution de l'union conjugale. On pourrait aussi préten-

(1) V. Aubry et Rau, § 288 *bis* texte et note 19, III, 5e éd. p. 763-764.

(2) Cpr. Huc, XIII, 297.

(3) Dalmbert, 2e éd. p. 358, n. 9 *bis;* Wable, *op. cit.*, 82. — Cpr. Orléans, 21 mars 1894, D., 94. 2. 529 (*Note* de M. de Loynes), S., 94. 2. 274 et sur pourvoi Req., 30 juil. 1895, D., 96. 1. 302, S., 99. 1. 319.

(4) Wable, *op. cit.*, 85.

dre que la femme acceptante est, en cette qualité, tenue de l'obligation de garantie qui avait pris naissance à la charge de la communauté et qu'à raison de l'indivisibilité de l'exception de garantie, sa poursuite se trouve paralysée par la règle : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Mais ce sont là des questions étrangères à notre sujet. Nous ne pouvons les traiter ici (1).

1089. La nullité, dont se trouve infectée la renonciation consentie par un acte sous seing privé ou par un acte authentique nul comme tel, ne peut se réparer que par un acte revêtu des solennités légales (2).

En conséquence, il y a alors renonciation faite par un acte postérieur; elle ne peut résulter que d'un acte authentique et ne devient opposable aux tiers qu'à partir de l'accomplissement des formalités de publicité sur lesquelles nous allons nous expliquer. La renonciation est, en vertu de la loi, un acte solennel; elle est régie par le principe consacré en matière de donation par l'art. 1339. Nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale.

Le moyen le plus simple d'opérer est de déposer la renonciation constatée par un acte sous seing privé au rang des minutes d'un notaire. Elle se trouverait validée, de la même manière et pour le même motif que l'hypothèque conventionnelle constituée par un acte sous seing privé.

Mais il faut que le dépôt soit effectué par la femme ou par l'acquéreur agissant en vertu d'une procuration authentique à lui donnée à cet effet par la femme. Effectué par l'acquéreur seul, il ne suffirait évidemment pas pour donner, comme le veut la loi, la preuve authentique du consentement de la femme (3). Mais nous n'irions pas jusqu'à exiger, comme quelques auteurs (4), que la femme renouvelât sa renonciation par l'acte de dépôt; le fait seul du dépôt, opéré par la femme

(1) Cpr. *supra*, II, 1007. — V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, 753.

(2) V. *infra*, II, 1412, ce que nous disons à propos de l'hypothèque conventionnelle.

(3) Poitiers, 4 décembre 1899, D., 00..2. 171, S.,.03..2. 247..

(4) Mourlon, *Transcr.*, II, 1011 ; Wable, *op. cit.*, 84.

ou en son nom en vertu d'une procuration notariée, suffit pour imprimer l'authenticité à sa renonciation qui ne produirait d'effet qu'à la date de l'acte du dépôt [1].

D. *De la publicité des cessions ou des renonciations.*

1090. Avant la loi du 23 mars 1855, la cession faite par une femme mariée de son hypothèque légale, ou sa renonciation à cette même hypothèque, était opposable aux tiers indépendamment de toute condition de publicité [2]. L'hypothèque légale de la femme constituant un droit occulte, on avait pensé qu'il devait en être de même de la subrogation dans cette hypothèque. De là il résultait que, lorsque la femme avait consenti plusieurs subrogations successives dans son hypothèque légale, l'ordre de préférence entre les divers subrogés se réglait par les dates des différentes subrogations, indépendamment de toute condition de publicité. La femme pouvait ainsi facilement tromper un créancier qu'elle subrogeait dans son hypothèque légale, en lui dissimulant l'existence d'une subrogation antérieure, qui épuisait son droit hypothécaire et que ce créancier n'avait aucun moyen de découvrir. Cet état de choses a cessé d'exister. Aujourd'hui en effet la cession de l'hypothèque légale de la femme mariée, ou sa renonciation à cette même hypothèque, ne devient efficace à l'égard des tiers qu'autant qu'elle a été rendue publique dans les formes prescrites par la loi du 23 mars 1855.

1091. Rappelons que cette loi ne régit pas les subrogations ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856. Le législateur aurait pu, sans porter atteinte au principe de la non rétroactivité des lois, en décider autrement et accorder aux subrogés antérieurs un délai pour effectuer l'inscription ou la mention ordonnée par l'art. 9. Il ne l'a pas fait. La situation respective des subrogés antérieurs est donc déterminée par la date de leurs subrogations. Il n'y a pas lieu de tenir

[1] Escorbiac, *op. cit.*, p. 139 ; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 69 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 762 ; Guillouard, IV, 1806 ; L. et A. Mérignhac, 196.

[2] V. les autorités citées p. 193, note 3.

compte des inscriptions ou des mentions qu'ils auraient pu opérer (art. 11 al. 1 et 2) [1].

Ces subrogés jouissent donc, dans les mêmes conditions que la femme, du bénéfice de la dispense d'inscription. Mais le 3e al. de l'art. 11 a modifié la situation de la femme en lui imposant, si le mariage était alors dissous, l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale dans l'année à partir du jour où la loi nouvelle est devenue exécutoire. Les subrogés à l'hypothèque légale avant cette date sont-ils soumis à cette règle? Quoique contestée, l'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Leur condition ne saurait être meilleure que celle de la femme dont ils exercent les droits. Or, celle-ci est obligée de faire inscrire son hypothèque. Donc, il en est de même pour les subrogés s'ils veulent être admis à exercer cette hypothèque. Ils ne sont pas tenus de publier leur subrogation, mais ils sont obligés, pour la conserver, de faire inscrire l'hypothèque de la femme dans tous les cas où celle-ci est obligée de le faire et en observant les mêmes formalités [2]. Cette inscription conservera l'hypothèque de la femme et les subrogés étant antérieurs au 1er janvier 1856 viendront exercer leurs droits dans l'ordre de leurs subrogations [3].

1091 I. Pour les mêmes motifs, ces subrogés sont obligés, comme la femme, de faire inscrire l'hypothèque légale dans l'année qui suit la dissolution du mariage, si cette dissolution

(1) Flandin, II, 1514; Verdier, II, 708 et 723; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 16, III, 4e éd. p. 465-466, 5e éd. p. 758-759; Huc, XIII, 275. — Rennes, 21 juil. 1858, D., 59. 2. 67. — Bourges, 4 juin 1858, et sur pourvoi Civ. rej., 9 mai 1860, D., 60. 1. 217, S., 60. 1. 613. — Paris, 4 mars 1863, et sur pourvoi Civ. rej., 3 juil. 1866, D., 66. 1. 289, S., 66. 1. 345.

(2) Troplong, *Transcr.*, 358; Flandin, II, 1516 s.; Bertauld, 103; Pont, II, 821; L. et A. Mérignhac, 85; Bressolles, 108; Ducruet, 51, 54. — Trib. civ. Dôle, 20 mai 1857, D., 57. 3. 36. — Bourges, 20 août 1859, D., 59. 2. 80, S., 60. 2. 241. — Riom, 1er mai 1860, D., 61. 5. 261, S., 60. 2. 523. — Metz, 19 mars 1861, D., 61. 2. 135, S., 61. 2. 177. — Paris, 30 nov. 1861, *J. G. Suppl.*, vo *Priv. et hyp.*, 581. — *Contra* Mourlon, *Transcr.*, II, 1115. — Paris, 8 janv. 1859, D., 59. 2. 65, S., 59. 2. 65. — Paris, 4 mars 1863 (sous Civ. rej., 3 juil. 1866), D., 66. 1. 289, S., 66. 1. 345.

(3) V. en ce sens les arrêts cités à la note 1 ci-dessus. Pont, qui dans la première édition de son traité *Des privilèges et hypothèques* avait enseigné l'opinion contraire (II, 821), ne l'a pas reproduite dans ses nouvelles éditions. — Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 18 *bis*, *in fine*, III, 5e éd. p. 759.

est postérieure au 1er janvier 1856, en exécution de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 (1). S'ils n'ont pas rempli cette condition, ils ne peuvent plus se prévaloir de l'hypothèque légale, et, par suite, de la subrogation dont le code leur assurait le bénéfice indépendamment de toute publicité.

Abordons le commentaire de la loi de 1855 et parlons de la publicité qu'elle ordonne.

1. *Subrogation, cession, renonciation au profit d'un créancier.*

1092. Les formes de cette publicité varient suivant que l'hypothèque légale de la femme est ou n'est pas inscrite.

Si l'hypothèque légale n'est pas inscrite, le subrogé doit en requérir directement l'inscription au nom de la femme mais à son profit (2) (art. 9 de la loi de 1855) ; par conséquent, le bordereau d'inscription doit indiquer la subrogation dont l'hypothèque légale a été l'objet (3) et contenir toutes les énonciations prescrites par l'art. 2153 pour l'inscription des hypothèques légales en général (4). Disons seulement que l'indication de l'espèce et de la situation des biens grevés n'est pas requise par la loi quand la subrogation est générale et frappe, comme l'hypothèque elle-même, tous les immeubles du mari (5). Il a même été décidé que l'indication de quelques-uns des immeubles appartenant au mari n'est pas de nature à restreindre le droit du créancier, si la subrogation est générale et si la spécialisation faite dans l'inscription n'a pas d'ailleurs le caractère limitatif (6). Les

(1) Troplong, *Transcr.*, 311 ; Ducruet, 52 ; Flandin, II, 1516 ; Pont, II, 818 s. ; Aubry et Rau, § 269, texte et note 14, III, 4e éd. p. 303, 5e éd. p. 511 ; Guillouard, III, 1229 ; L. et A. Mérignhac, 85. — Bourges, 20 août 1859, D., 59. 2. 80, S., 60. 2. 241. — Riom, 1er mai 1860, D., 61. 5. 261, S., 60. 2. 523. — Metz, 19 mars 1861, D., 61. 2. 135, S., 61. 2. 177. — Aix, 19 nov. 1863, S., 64. 2. 295. — *Contra* Lesenne, *Transcr.*, 151 ; Rivière et François, 144. — Paris, 8 janv. 1859, D., 59. 2. 65, S., 59. 2. 65. — Paris, 4 mars 1863 (avec Cass.), D., 66. 1. 200.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 766.

(3) Chambéry, 11 août 1903, *Rec. Gaz. des Trib.*, 04, 1er sem., 2. 72. — L. et A. Mérignhac, 66.

(4) L. et A. Mérignhac, 64.

(5) L. et A. Mérignhac, 65 ; Aubry et Rau, § 288, note 21 *quinquies*, III, 5e éd. p. 766. — Dijon, 24 fév. 1869, D., 71. 2. 19. — Paris, 9 déc. 1890, D., 91. 2. 368. — Limoges, 19 fév. 1897, D., 99. 2. 122.

(6) V. les arrêts cités à la note précédente.

juges apprécieront souverainement la portée de ces indications. Dans le doute, ils se prononceront en faveur des tiers. L'efficacité de la subrogation, en ce qui concerne les immeubles grevés, est limitée par la publicité qu'elle a reçue (1).

Il en serait, bien entendu, autrement si la subrogation était limitée à certains immeubles déterminés. Ils devraient être spécialement indiqués dans l'inscription (2).

On soutient aussi que la créance de la femme a toujours vis-à-vis du subrogé un caractère indéterminé et que par suite celui-ci n'est jamais tenu d'en indiquer le montant dans l'inscription. A ce point de vue sa situation diffèrerait de celle de la femme (3). Dans tous les cas, il est indispensable qu'il indique le montant de sa propre créance jusqu'à concurrence de laquelle la subrogation lui est consentie, ou qu'il en fasse l'évaluation si elle est indéterminée (4).

1093. Si la convention renferme à la fois constitution d'une hypothèque conventionnelle consentie par le mari sur un de ses immeubles ou sur un conquêt de la communauté et subrogation à l'hypothèque légale de la femme, celle-ci n'étant pas inscrite, le créancier bénéficiaire de cette stipulation devra requérir une double inscription : 1° inscription de l'hypothèque conventionnelle; 2° inscription de l'hypothèque légale. Une simple mention de la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle ne répondrait pas aux exigences de la loi. Si elle ne comprenait pas les indications exigées pour la publicité de l'hypothèque légale, elle ne suffirait pas pour avertir les tiers. Il n'y a qu'un cas où le législateur se contente d'une simple mention de la subrogation : c'est lorsque l'hypothèque légale a déjà été inscrite. Ici elle ne l'a pas été. Il faut donc en requérir l'inscription (5).

(1) Trib. civ. Bourg, 3 juin 1898, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1898, 2e sem., 2. 359.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 21 *quinquies*, III, 5e éd. p. 766; L. et A. Mérignhac, 65.

(3) L. et A. Mérignhac, 64. — V. en ce qui concerne la femme, *infra*, II, 1684 s.

(4) Rouen, 7 mars 1903, D., 04. 2. 159.

(5) Mourlon, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 560; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 369, 5e éd. p. 766; Guillouard, IV, 1755; L. et A. Mérignhac, 68; Beudant, II, p. 294, note 3. — Cpr. Thézard, 232. — Bourges, 30 avril 1853, D., 54. 2. 52. —

Mais rien ne s'opposerait à ce que cette double réquisition fût faite cumulativement par un seul et même bordereau, pourvu qu'on y rencontrât les énonciations prescrites par la loi pour la validité de l'une et de l'autre inscription. Il ne nous est pas permis d'ajouter aux prescriptions de la loi ; elle n'exige pas que l'inscription de l'hypothèque légale soit prise d'une manière distincte et isolée (1).

1094. Si l'hypothèque légale a déjà été inscrite au profit de la femme, par la femme ou une des personnes que la loi charge de ce soin, le subrogé a un double moyen de satisfaire à la loi. Il peut soit requérir une inscription de l'hypothèque légale à son profit, comme dans l'hypothèse précédente, sans qu'une mention en marge soit nécessaire (2), soit se contenter de faire mentionner la subrogation en marge de l'inscription préexistante (3).

La mention se réfère à l'inscription en marge de laquelle elle est faite ; il est donc inutile qu'elle renferme les énonciations exigées pour la validité de l'inscription, mais il est indispensable qu'elle fournisse toutes les indications nécessaires pour faire connaître aux tiers la subrogation : nom, prénoms et domicile du créancier subrogé (4), élection de domicile dans l'arrondissement, date et nature de l'acte de

Civ. rej., 4 fév. 1856, D., 56. 1. 61, S., 56. 1. 225. — Paris, 27 fév. 1857, D., 58. 2. 22, S., 57. 2. 283. — Douai, 8 juill. 1858 et sur pourvoi Req., 1er juin 1859, D., 60. 1. 381, S., 61. 1. 223. — *Contra* Pont, II, 781 s., *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 97 s. — Paris, 30 juin 1853, et 31 août 1854, D., 55. 2. 336, S., 55. 2. 177. — Bourges, 20 avril 1859, D., 60. 2. 80, S., 60. 2. 241.

(1) Troplong, *Transcr.*, 343 ; Pont, II, 781 s. ; Bertauld, 98 ; Rivière et François, 136 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 469, 5e éd. p. 766 ; L. et A. Mérignhac, 72. — Orléans, 20 fév. 1857, D., 57. 2. 135, S., 57. 2. 200. — Dijon, 13 juill. 1858, D., 58. 5. 196, S., 59. 2. 366. — Saint-Denis (La Réunion), 15 déc. 1871 et sur pourvoi Req., 9 déc. 1872, D., 73. 1. 339, S., 73. 1. 146. — Paris, 9 mai 1893, D., 95. 2. 499. — Req., 11 juin 1894, D., 96. 1. 537 (note de M. de Loynes), S., 98. 1. 483. — Besançon, 17 nov. 1897, D., 99. 2. 76.

(2) Bertauld, 95 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 469, 5e éd. p. 766 ; Colmet de Santerre, IX, 107 *bis*-VII ; Guillouard, IV, 1752-1753. — *Contra* Mourlon, *Transcr.*, II, 1022 s.

(3) Il a été jugé qu'elle pouvait être suppléée par une mention claire et formelle à la suite de l'inscription. Besançon, 17 nov. 1897, D., 99. 2. 76.

(4) V. pour le cas où la subrogation a été consentie au profit de la masse d'une faillite. Besançon, 17 nov. 1897, D., 99. 2. 76.

subrogation, montant de la créance pour garantie de laquelle la subrogation a été consentie [1].

Cette mention en marge est ainsi l'accessoire de l'inscription à laquelle elle se rapporte. Elle en suit le sort. Elle ne peut être valable que si l'inscription elle-même est régulière ; elle cessera de produire ses effets si l'inscription est frappée de péremption. La mention n'est pas une inscription nouvelle ; elle ne saurait équivaloir au renouvellement de l'inscription antérieure [2].

Enfin cette mention est elle-même sujette à péremption et doit être renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans [3].

1095. L'acte dont l'efficacité est subordonnée par la loi à l'une ou l'autre de ces formalités de publicité, c'est l'acte par lequel la femme subroge un de ses créanciers personnels ou un créancier de son mari dans son hypothèque légale revêtue de tous ses attributs. Mais il peut arriver que cette hypothèque ait été dépouillée de quelques-uns de ses avantages. Par exemple, un immeuble du mari a été saisi et exproprié ; le jugement d'adjudication a été transcrit. La transcription de ce jugement purge l'immeuble de toutes les hypothèques qui le grèvent ; sont-elles inscrites, le droit du créancier hypothécaire est transporté de la chose sur le prix ; il devient un droit de créance contre l'adjudicataire : les hypothèques n'ont-elles pas été inscrites, elles ne peuvent plus l'être ; le créancier hypothécaire est déchu de tous ses droits ; cependant le créancier à hypothèque légale dispensée d'inscription n'a définitivement perdu que son droit de suite ; il conserve son droit de préférence sous la condition de le faire valoir dans les délais indiqués par l'art. 717 Pr. civ.

Dans ces conditions, la femme cède à un tiers la collocation à laquelle elle peut avoir droit en vertu de son hypothèque légale, qu'elle a fait inscrire avant l'adjudication ou la

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 765 ; L. et A. Mérignhac, 70.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 21, III, 5e éd. p. 765 ; L. et A. Mérignhac, 70. — Paris, 30 nov. 1861, *J. G. Suppl.*, vo *Priv. et hyp.*, 581.

(3) Aubry et Rau, § 280, texte et note 42, III, 4e éd. p. 386, 5e éd. p. 628-629 ; L. et A. Mérignhac, 73 ; Huc, XIII, 298. — Cpr. Guillouard, IV, 1758. — Caen, 18 déc. 1878, D., 79. 2. 241, S., 79. 2. 297 (*Note* de M. Lyon-Caen).

transcription du jugement. Cette cession est acceptée par l'adjudicataire. Plus tard elle subroge des tiers dans l'effet de son hypothèque légale ; ceux-ci font mentionner la subrogation en marge de l'inscription de l'hypothèque légale. Ces derniers seront-ils préférés au premier cessionnaire qui s'est conformé à l'art. 1690, mais qui n'a pas rempli les formalités de l'art. 9 de la loi de 1855 ?

Nous croyons qu'il faut répondre négativement. La cession n'a plus pour objet l'hypothèque légale ; le contrat transfère au cessionnaire une créance contre l'adjudicataire et non un droit réel sur l'immeuble. Le cessionnaire a été saisi en vertu de l'art. 1690 ; il conserve le bénéfice de la convention. Nous sommes en dehors des prévisions de la loi de 1855. La femme n'avait plus de droits sur l'immeuble ; le subrogé n'a pas pu en acquérir ; la mention de la subrogation se trouve destituée de toute efficacité à cet égard (1).

1095 I. Nous serions même portés à étendre cette solution au cas où l'hypothèque légale n'a pas été inscrite. La femme, il est vrai, ne recevra pas sommation de produire à l'ordre. Mais elle a la faculté de s'y présenter dans certains délais et, si elle le fait, elle sera colloquée au rang de son hypothèque. Elle conserve donc un droit de préférence indépendant de toute publicité. Elle a contre l'adjudicataire une créance subordonnée à la condition d'une production en temps utile. Elle peut la céder. Quant aux subrogés, nous ne voyons pas comment ils pourraient requérir l'inscription de l'hypothèque légale à leur profit. La femme elle-même n'en aurait pas le droit, et ils ne pourraient faire ce qui est interdit à leur auteur (2).

1096. Le mari a volontairement aliéné un de ses immeubles, sans que la femme ait renoncé expressément ou tacitement au profit de l'acquéreur à son hypothèque légale.

(1) Chavegrin, *Note* dans S., 89. 1. 17 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 23 *bis*, III, 5e éd. p. 767 ; Huc, XIII, 298 ; Guillouard, IV, 1767 ; Planiol, II, 3486. — Riom, 3 juill. 1884 et sur pourvoi, Civ. rej., 6 juin 1887, D., 88. 1. 33, S., 89. 1. 17. — Cpr. Req., 11 juin 1894, D., 96. 1. 537 (*Note* de M. de Loynes), S., 98. 1. 483. — *Contra* L. et A. Mérignhac, 80-81.

(2) Cpr. Chavègrin, *loc. cit.*

L'aliénation est transcrite. Les formalités de la purge légale n'ont pas été remplies. Avant ou après cette aliénation, la femme a subrogé ou subroge un tiers dans son hypothèque légale. Cette subrogation peut-elle avec efficacité être rendue publique après la transcription de l'aliénation ?

On a soutenu que le subrogé ne pourrait plus requérir utilement inscription de l'hypothèque légale à son profit, de même qu'un créancier investi d'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle ne peut, dans ce cas, se faire inscrire. On argumente en ce sens de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855. La transcription rend l'aliénation opposable aux tiers. A partir du moment où elle a été effectuée, nulle inscription ne peut être utilement prise s'il s'agit d'une hypothèque dont l'efficacité est subordonnée à la condition de la publicité (art. 6). Or telle est bien la condition du subrogé. Sans doute cet art. 6 ne parle formellement que des hypothèques judiciaires et conventionnelles, soustrayant ou paraissant soustraire à cette règle les hypothèques légales. Mais il n'en est ainsi pour ces dernières qu'autant qu'elles sont dispensées d'inscription. Or le droit du subrogé ne peut être conservé que par une inscription. Il est donc régi par l'art. 6 de la loi de 1855 (1).

Cette argumentation ne nous paraît pas décisive et nous pensons au contraire que la publicité de la subrogation peut être utilement faite après la transcription de l'aliénation. En effet, la femme qui n'a pas renoncé à son hypothèque légale conserve certainement le droit de l'exercer contre le tiers acquéreur malgré la transcription. Ce droit, qui lui appartient, elle a incontestablement la faculté d'en disposer. Si elle cède son hypothèque, l'art. 9 devient applicable et le cessionnaire doit pouvoir conserver la sûreté qui lui a été transmise. Autrement le droit de la femme deviendrait, dans cette mesure, indisponible entre ses mains. Or, si celui auquel l'hypothèque légale est cédée après la transcription de l'aliénation peut publier utilement sa subrogation, il doit évidemment en être de même de celui auquel une cession a été con-

(1) Bufnoir, *Note* dans S., 81. 1. 473; Guillouard, IV, 1761. — Cpr. Mourlon, *Transcr.*, II, 1101 ; Amiaud, *Renonc. à son hyp. lég. par la femme du vendeur*, p. 215 s.; Didier, *op. cit.*, p. 30.

sentie avant l'aliénation ou sa transcription, sans avoir été rendue publique avant la même époque ; car il n'y a pas de motifs pour distinguer entre les deux hypothèses. Par conséquent, l'art. 3 de la loi de 1855 ne s'oppose pas à ce que l'inscription ou la mention soit requise, pas plus qu'il ne s'oppose à la validité de la subrogation postérieure. Sans doute la transcription rend l'aliénation opposable aux tiers, mais elle ne peut préjudicier à ceux dont le droit survit avec toute sa force à l'accomplissement de cette formalité, à la femme et par suite à ses ayants cause. L'art. 6 ne fait pas obstacle à la validité de l'inscription de la subrogation ; car sa disposition ne vise que les hypothèques judiciaires et conventionnelles ou d'une manière plus générale et plus exacte les hypothèques dont l'efficacité et le rang sont subordonnés à la condition d'une inscription. Sans doute il s'applique à l'hypothèque légale de la femme, lorsqu'elle n'a pas été inscrite dans l'année à partir de la dissolution du mariage. Mais dans notre cas, l'hypothèque légale de la femme continue d'être dispensée d'inscription et la publicité de la subrogation est requise dans l'intérêt des subrogés postérieurs et non dans l'intérêt des tiers acquéreurs (1). Enfin la loi du 13 février 1889 vient confirmer cette interprétation, car elle admet que les cessionnaires de l'hypothèque légale peuvent requérir inscription après la transcription, jusqu'à la mention en marge de la renonciation consentie par un acte postérieur. C'est pourquoi nous croyons que le subrogé peut prendre l'inscription de l'hypothèque légale à son profit même après la transcription de l'acte d'aliénation, si la femme n'a pas renoncé à son hypothèque en faveur du tiers acquéreur (2).

En résumé, la publicité de la subrogation peut être utilement réalisée tant que l'inscription de l'hypothèque légale peut être régulièrement requise.

1097. L'inscription de l'hypothèque légale requise par un

(1) *Infra*, II, 1098 I.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 23 *bis*, III, 5e éd. p. 768 ; L. et A. Mérignhac, 76-77 ; Albert Tissier, *op. cit.*, p. 644, n. 14 ; Huc, XIII, 298 ; Beudant, II, 876 ; Planiol, II, 3490. — Cpr. Civ. rej., 29 août 1866, D., 67. 1. 49, S., 67. 1. 9. — Paris, 18 août 1876, D., 78. 2. 78, S., 79. 2. 295.

subrogé ne profite qu'au requérant, à moins de manifestation de volonté contraire. C'est une application de cette règle de bon sens : chacun n'est censé agir que pour soi et dans son intérêt. En conséquence, la femme, de même que ses héritiers, ne pourra pas se prévaloir de l'inscription du subrogé et sera tenue d'en prendre une pour la conservation de ses droits, dans les délais de la loi en cas de purge ou de dissolution du mariage (1).

Pour le même motif, cette inscription ne profite pas aux autres subrogés à l'hypothèque légale ; ceux-ci ne conserveraient pas leurs droits en faisant mentionner en marge la subrogation qui leur a été consentie ; ils seraient obligés de prendre à leur profit une nouvelle inscription de l'hypothèque légale ou de la faire inscrire au nom de la femme en mentionnant leur subrogation en marge (2).

Mais le subrogé peut requérir l'inscription de l'hypothèque légale au nom de la femme soit qu'il agisse en qualité de mandataire de celle-ci, soit qu'il exerce ainsi les droits et actions de sa débitrice (art. 1166, art. 775 Pr. civ.) (3). Dans ce cas, l'inscription n'est plus faite au profit exclusif du requé-

(1) Bertauld, 24 et 101 ; Pont, II, 800, et *Rev. crit.*, 1857, XI, p. 25 ; Colmet de Santerre, IX, 107 *bis*-IX ; Thézard, 233 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 469-470, 5e éd. p. 769 ; Mourlon, *Transc.*, II, 1041 et s. ; Dalmbert, 172 ; L. et A. Mérignhac, 88-89 ; Huc, XIII, 298 ; Guillouard, IV, 1756. — Req., 21 juin 1859, D., 60. 1. 381, S., 61. 1. 223. — Civ. cass., 5 fév. 1861, D., 61. 1. 65, S., 61. 1. 209. — Rouen, 26 décembre 1862, S., 64. 2. 46. — Civ. rej., 21 juill. 1863, D., 63. 1. 339, S., 63. 1. 493. — Dijon, 2 janv. 1865, D., 65. 2. 55. — Req., 1er mai 1866, D., 66. 1. 293, S., 66. 1. 187. — Orléans, 9 juin 1874, S., 74. 2. 302. — Cpr. Toulouse, 30 déc. 1859, S., 60. 2. 244. — *Contra* Amiens, 31 mars 1857, D., 58. 2. 26, S., 57. 2. 628. — Orléans, 4 août 1859, D., 59. 2. 149, S., 59. 2. 529. — Req., 2 juin 1858, D., 59. 1. 249, S., 58. 1. 433.

(2) Pont, II, 799 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 470, 5e éd. p. 769 ; Dalmbert, 172 ; L. et A. Mérignhac, 89 ; Guillouard, IV, 1756 ; Beudant, II, 877 ; Planiol, II, 3485. — Paris, 27 fév. 1857, D., 58. 2. 22, S., 57. 2. 283. — Req., 1er juin 1859, D., 60. 1. 381, S., 61. 1. 223. — Req., 1er mai 1866, D., 66. 1. 293, S., 66. 1. 187.

(3) Cpr. cep. Civ. cass., 5 fév. 1861, D., 61. 1. 65, S., 61. 1. 209. — Cet arrêt semble poser en principe « que les créanciers ne sont pas chargés de veiller pour » la femme, qu'en dehors de leur intérêt (il s'agissait dans l'espèce de créanciers » subrogés), ils n'ont pas mission pour prendre sans autorisation ou même contre » son gré, une inscription dont ils ne peuvent le plus souvent vérifier les causes » ou l'opportunité ».

rant ; elle est opérée en termes généraux ; elle profite à la femme et par suite à tous ses ayants cause. C'est par l'interprétation des termes de l'inscription que se détermine sa portée. C'est aux tribunaux que cette mission est confiée. Pour la remplir, ils doivent s'attacher exclusivement aux expressions employées, il ne pourraient tenir compte de circonstances externes. Les tiers n'ont connaissance que de l'inscription. Il faut donc rechercher si la formule employée leur révèle d'une façon suffisamment claire et sans aucun doute possible que l'inscription a été prise même au profit de la femme (1).

1098. Quelle est la sanction de ces règles? Nous ne parlons que des subrogations. La loi de 1855 porte que les cessionnaires de l'hypothèque de la femme n'en sont saisis *à l'égard des tiers* que par l'inscription ou la mention. Les tiers ont donc le droit d'opposer le défaut de publicité de la subrogation. Que faut-il entendre par tiers?

Il faut certainement comprendre sous cette dénomination les subrogés postérieurs. Prévoyant le cas où il a été consenti plusieurs subrogations successives, l'art. 9 de la loi de 1855 décide que l'ordre de préférence entre ces subrogés se règle non par la date des subrogations, mais par celle des inscriptions ou des mentions de subrogation. Entre plusieurs subrogés, ce n'est donc pas le plus ancien qui passe le premier, mais bien celui qui, le premier, s'est mis en règle (2).

1098 I. Nous avons décidé que les tiers acquéreurs d'immeubles du mari ou de la communauté n'étaient pas des tiers. Les subrogés peuvent non seulement exercer l'hypothèque légale au nom de la femme leur débitrice (3), mais encore requérir à leur profit inscription de l'hypothèque légale même après la transcription de l'acte d'aliénation (4). Il en serait autrement si la femme avait renoncé à son hypothèque

(1) Mourlon, *Transcr.*, II, 1005 ; Bertauld, 82 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 470, 5e éd. p. 770 ; L. et A. Mérignhac, 89, 91 ; Guillouard, IV, 1757. — Civ. cass., 25 fév. 1862, D., 62. 1. 240, S., 62. 1. 356. — Civ. rej., 3 juil. 1866, D., 66. 1. 291, S., 66. 1. 187.

(2) L. et A. Mérignhac, 92.

(3) Thézard, 231.

(4) *Supra*, II, 1096. — L. et A. Mérignhac, 76 et s , 92.

légale au profit du tiers acquéreur et si celui-ci avait rempli les formalités de publicité prescrites par la loi [1].

1098 II. De même, les créanciers du mari ne sont pas des tiers au sens de l'art. 9 de la loi de 1855. Ils ne peuvent pas opposer le défaut de publicité de la subrogation, parce qu'ils n'y ont pas intérêt. En effet, c'est en vain qu'ils écarteraient le subrogé; la femme prendrait la place de celui-ci et le subrogé lui-même, s'il est créancier de la femme, serait admis à exercer les droits de sa débitrice [2].

1099. Restent les créanciers de la femme. Quels sont les droits de ses créanciers chirographaires ou même de ses créanciers hypothécaires, s'ils n'ont pas été subrogés dans son hypothèque légale? Peuvent-ils invoquer l'inobservation de l'art. 9 de la loi de 1855, refuser tout droit de préférence au subrogé qui ne s'y est pas conformé, soutenir, s'il s'agit d'un créancier du mari, qu'ils ont le droit de le primer en exerçant l'hypothèque légale, s'il s'agit d'un créancier de la femme, que le montant de la collocation obtenue fait partie de la masse de ses biens sur lesquels tous ont également le droit de venir au marc le franc? Leur intérêt est manifeste. Or l'art. 9 de la loi de 1855 dit que les cessionnaires de l'hypothèque légale n'en sont saisis à l'égard des *tiers* que par l'inscription ou la mention en marge. Cette expression est générale ; elle comprend tous ceux qui peuvent avoir intérêt à écarter les subrogés et qui n'ont pas été parties ou représentés à la convention. La loi n'exige pas, comme dans l'hypothèse prévue par l'art. 3, que les tiers aient des droits sur l'immeuble et les aient conservés en se conformant aux lois. Nous en concluons que les créanciers chirographaires de la femme et les créanciers hypothécaires non subrogés peuvent opposer le défaut de publicité de la subrogation, de même que les créanciers du cédant ont le droit, jusqu'à l'acceptation ou la signification du transport, de frapper la créance de saisie-arrêt entre les mains du débiteur cédé

(1) Dijon, 6 fév. 1889, D., 90. 2. 326, S., 89. 2. 79.

(2) Troplong, *Transcr.*, 341; *Note* dans D., 79. 2. 241; Debrand, *De la notion des tiers*, 416 s.; L. et A. Mérignhac, 92. — Cpr. Civ. rej., 12 fév. 1900, D., 02. 1. 177 (*Note* de M. de Loynes). — Rappr. *infra*, II, 1106-1107.

(art. 1690). Ajoutons que cette solution est en harmonie avec les principes généraux de la loi hypothécaire. Tous les créanciers d'un débiteur, même ses créanciers chirographaires, ont le droit de se prévaloir du défaut de publicité (art. 2134). Ils sont des tiers. Il doit en être de même pour le subrogé, tenu, comme celui au profit duquel une hypothèque a été établie, de requérir l'inscription de la subrogation [1]. Il est donc impossible d'admettre, comme on l'a soutenu [2], que les créanciers de la femme non subrogés à l'hypothèque légale ne sont que ses ayants cause et ne peuvent opposer le défaut de publicité.

2. *Renonciation à l'hypothèque légale au profit d'un acquéreur.*

1100. Les règles que nous venons d'exposer s'appliquent au créancier soit du mari, soit de la femme, bénéficiaire d'une subrogation ou même d'une renonciation à l'hypothèque légale.

Faut-il également les observer lorsque la femme renonce à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté et spécialement lorsque cette renonciation résulte du concours de la femme à l'acte d'aliénation de l'immeuble grevé de son hypothèque?

Avant 1855, la renonciation était opposable aux tiers du moment où l'acte qui la constatait avait acquis date certaine. Mais cette règle n'avait-elle pas été modifiée par la loi du 23 mars 1855?

La question n'était pas formellement résolue par le texte; la loi n'avait pas prévu expressément le cas de renonciation en faveur d'un tiers acquéreur. De là une difficulté qui divisa les meilleurs auteurs et la jurisprudence.

Les uns soutenaient que la renonciation au profit d'un tiers acquéreur était régie par la loi de 1855, même quand elle était simplement extinctive et qu'il n'existait pas sur l'immeuble

[1] Colmet de Santerre, IX, 107 *bis*-IX; L. et A. Mérignhac, 93, 94; Bressolles, 104; Verdier, II, 685; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 23 *quinquies*, III, 5e éd. p. 769; Huc, XIII, 298; Guillouard, IV, 1760; Beudant, p. 294, note 2. — Caen, 18 déc. 1878, D., 79. 2. 241, S., 79. 2. 297 (*Note* de M. Lyon-Caen).

[2] Mourlon, *Transcr.*, II, 1103; Bertauld, 95.

de créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la femme. En faveur de cette opinion on invoquait la généralité des termes de la loi de 1855, qui embrassent toutes les hypothèses et ne distinguent pas entre la renonciation au profit d'un créancier et la renonciation au profit d'un acquéreur, entre la renonciation translative et la renonciation extinctive. On ajoutait que la loi avait pour but d'avertir les tiers, qui se feraient subroger à l'hypothèque légale de la femme, des modifications apportées à ces droits par des conventions antérieures. Ces tiers ont certainement intérêt à connaître les renonciations, par l'effet desquelles l'hypothèque de la femme cesse de frapper certains immeubles du mari. Il faut qu'elles soient portées à leur connaissance par l'un des modes de publicité organisés par cet art. 9. La pensée générale de la loi est d'ailleurs de soumettre à des règles identiques les renonciations purement extinctives et les actes créatifs des droits réels. Dans l'un ou l'autre cas la publicité se réalise de la même manière. Ainsi l'acte portant renonciation à un droit réel susceptible d'hypothèque doit être transcrit comme l'acte constitutif (art. 1). Ainsi encore l'acte portant renonciation à un droit d'antichrèse, de servitude, d'usage ou d'habitation doit être transcrit comme l'acte constitutif (art. 2). N'est-il pas logique d'appliquer la même règle à la renonciation à l'hypothèque légale? De même que les subrogations à cette hypothèque doivent être rendues publiques au moyen d'une inscription ou d'une mention en marge, de même la renonciation doit être publiée par ce moyen, quoiqu'elle intervienne au profit d'un acquéreur et soit, dans certain cas, purement extinctive [1].

[1] Rivière et Huguet, 391; Bertauld, 93; Ducruet, 42; Verdier, 661 et 662 et *Rev. prat.*, XXIV, 1867, p. 209; 1868, XXVI, p. 6; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 18, III, 4e éd. p. 466; Garnier, *Subrog. à l'hyp. lég.*, 349 s.; Le Baron, *Etude sur l'hyp. lég. de la femme mariée*, 627; Hervieu, *Journ. des conserv.*, II, p. 296; Leroux, *Contrôl. de l'enregistr.*, art. 10689; Moreau, *Note* dans S., 67. 1. 9. — Lyon, 22 déc. 1863, D., 64. 2. 193 et sur pourvoi Civ. rej., 29 août 1866, D., 67. 1. 49, S., 67. 1. 9. — Trib. de Charolles, 6 sept. 1879, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 663, S., 80. 2. 148, réformé par l'arrêt de Dijon, du 4 août 1880, cité note suivante. — Douai, 22 déc. 1887, D., 90. 1. 467 (sous cassation), S., 89. 2. 79 (cassé par l'arrêt du 5 mai 1890, cité note suivante). — V. Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 27 *bis*, III, 5e éd. p. 770-771.

Dans l'opinion contraire, on écartait l'application de l'art. 9 de la loi de 1855. On disait que cette disposition est spéciale aux subrogations ou aux renonciations qui interviennent en faveur des créanciers de la femme ou des créanciers du mari, mais qu'elle est étrangère aux renonciations consenties au profit d'un acquéreur. L'art. 9 a en effet pour but de déterminer l'ordre de préférence entre les cessionnaires successifs de l'hypothèque légale. Telle n'est pas notre hypothèse. La loi, du reste, n'avait pas à s'en préoccuper spécialement ; car les tiers seront suffisamment avertis par la transcription de l'acte d'aliénation, que l'acheteur a intérêt à effectuer dans le plus bref délai. La pratique notariale résistait à la doctrine contraire, qui obligeait à prendre inscription d'une hypothèque que, dans certains cas, la renonciation avait éteinte.

En conséquence, les uns décidaient que la loi de 1855 était dans tous les cas étrangère aux renonciations faites en faveur de l'acquéreur, qui restaient régies par les règles du code civil ; les autres, qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'art. 9, mais que cette renonciation ne devenait opposable aux tiers que par l'effet et à partir de la transcription de l'acte d'aliénation ; d'autres restreignaient l'application de cette théorie au cas où la renonciation de la femme résultait de l'acte d'aliénation et soumettaient à l'art. 9 les renonciations faites par un acte distinct et postérieur ; d'autres enfin limitaient cette solution au cas de renonciation simplement extinctive et appliquaient l'art. 9 à la renonciation au profit de l'acquéreur, lorsqu'elle était translative et que le bénéficiaire voulait se prévaloir de l'hypothèque pour obtenir une collocation par préférence (1).

(1) V. en faveur de cette opinion, quoique avec des nuances diverses, Pont, I, 486, et *Rev. du not.*, VII, p. 829 ; Grosse, sur l'art. 9 ; *Dict. du not.*, v° *Subrog.*, Amiaud, *Rev. prat.*, 1867, XXIV, p. 481, 1868, XXVII, p. 58 ; Duchesneau, *Rev. crit.*, 1857, XI, p. 188 ; Paul Gide, *Condit. privée de la femme*, p. 500 ; Berger, *Transcr.*, II, 343 s. ; Mourlon, *Transcr.*, II, 970 et 1105 ; Larombière, *Des oblig.*, sur l'art. 1250, n. 57 s. ; Boileux, VII, p. 442 ; Boulanger et de Récy, I, 112 s. ; Thiercelin, *Note* dans D., 65. 2. 193 ; Bufnoir, *Note* dans S., 81. 1. 473 ; Labbé, *Note* dans *Journ. du Pal.*, 64. 231 et *Rev. crit.*, 1881, *Nouv. sér.*, X, p. 336 s. ; Mérignhac, 1re éd. 155 s. ; Thézard, 114 ; Tissier, *Rev. crit.*, *Nouv. sér.*, 1889, XVIII, p. 634. — Trib. civ. la Flèche, 26 août 1878. — Trib. civ. Beaune, 28 août 1879,

Cependant, si la renonciation à l'hypothèque légale avait été consentie par un acte authentique postérieur à l'aliénation, on admettait unanimement qu'elle était alors soumise aux règles de publicité prescrites par l'art. 9.

1101. L'incertitude résultant de l'état de la doctrine et de la jurisprudence mettait les acquéreurs d'immeubles grevés d'hypothèques légales de femmes mariées dans une situation très critique. Pour obtenir pleine sécurité, l'acquéreur devait procéder à la purge. Or cette obligation aurait été souvent ruineuse, à cause des frais qu'elle entraîne. Nous l'avons déjà dit, il se fait tous les ans en France 800.000 ventes d'immeubles de 200 fr. et au-dessous. Les frais de purge en pareil cas égalent ou dépassent le prix d'acquisition!

Cet état de choses avait suscité de vives réclamations, qui se manifestèrent dans des pétitions adressées par les notaires aux pouvoirs publics en 1862, 1865 et 1881.

1102. Le législateur a mis fin à ces incertitudes. La loi du 13 février 1889 dispose d'une manière générale en vue de toute aliénation et de toute acquisition. Elle s'applique donc dans tous les cas où la femme a soit expressément, soit tacitement renoncé à son hypothèque légale au profit d'un tiers acquéreur. Il n'est pas nécessaire que cet acquéreur soit un acheteur. Par conséquent, elle régit non seulement l'hypothèse d'une vente, mais encore les hypothèses d'un échange, d'une dation en paiement, d'une constitution de dot et même d'une donation, en d'autres termes tous les cas d'aliénation entre-vifs soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, pourvû que l'acte renferme une renonciation par la femme à son hypothèque légale [1].

1103. Elle pose en principe que la renonciation à l'hypo-

D., 80. 3. 134, S., 80. 2. 148. — Trib. civ. le Mans, 28 janv. 1880, D., 80. 3. 134. — Dijon, 4 août 1880, D., 80. 2. 241, S., 80. 2. 323. — Dijon, 6 fév. 1889, D., 90. 2. 326, S., 89. 2. 79. — La cour de cassation, qui, par arrêt du 29 août 1866 (Civ. rej., 29 août 1866, D., 67. 1. 49, S., 67. 1. 9), avait décidé que l'art. 9 de la loi de 1855 s'appliquait à la renonciation faite au profit de l'acquéreur lorsqu'elle était translative, a décidé, au contraire, qu'il est étranger à la renonciation purement extinctive. Civ. cass., 5 mai 1890, D., 90. 1. 467, S., 90. 1. 392.

[1]) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 86; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 27 *quater*, III, 5e éd. p. 772; L. et A. Mérignhac, 204.

thèque légale, même au profit d'un acquéreur, doit être rendue publique. C'est seulement à partir de l'accomplissement de cette formalité de publicité qu'elle deviendra opposable aux tiers et, par l'espèce de purge qu'elle opère, entraînera l'extinction du droit de suite.

Mais cette publicité n'est pas celle de l'art. 9 de la loi de 1855. L'acquéreur n'a pas besoin de prendre inscription à son profit de l'hypothèque légale ni de faire mention de la renonciation en marge de l'inscription préexistante. Les formalités à remplir varient, suivant que la renonciation a lieu par l'acte même d'aliénation ou résulte d'un acte distinct.

Dans le premier cas, il suffit à l'acquéreur de faire transcrire son titre, d'où résulte la renonciation de la femme à son hypothèque légale : peu importe que cette renonciation soit expresse ou tacite. Dans le second cas, si la renonciation à l'hypothèque légale a été consentie par un acte authentique postérieur à l'aliénation, il en devra être fait mention en marge de la transcription de l'acte d'aliénation. Ce mode de publicité présente des inconvénients pratiques. Ils se révèlent surtout lorsqu'on demande au conservateur un état des inscriptions hypothécaires grevant un immeuble.

Cette transcription ou mention n'est pas requise pour la validité ou la perfection de la renonciation, quoique le texte définitif puisse laisser des doutes. Malgré les modifications apportées à la formule du projet du gouvernement beaucoup plus claire et plus précise, la pensée du législateur est certaine. Il a seulement voulu établir une publicité qui mette *les tiers à l'abri de toute surprise*, comme le dit M. Merlin dans son rapport au sénat. La publicité n'est donc pas une condition de validité de la renonciation *inter partes*. Elle est seulement requise pour rendre la renonciation opposable aux tiers en la portant à leur connaissance [1].

Désormais les tiers qui voudront se renseigner sur le sort de l'hypothèque légale, dans laquelle une femme mariée offre de les subroger, devront consulter non seulement le

[1] Escorbiac, *o . cit.*, p. 127; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 82 s.; Wable, *op. cit.*, 86; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 771-772; L. et A. Mérignhac, 206; Guillouard, IV, 1815; Huc, XIII, 299; Planiol, II, 3484.

registre des inscriptions, mais encore le registre des transcriptions.

1104. La loi n'a pas fixé de délai dans lequel cette formalité doive être remplie. L'intérêt de l'acquéreur est la meilleure garantie de sa diligence [1]. Il ne pourra opposer la renonciation aux tiers qu'à partir du jour où il se sera conformé à la loi.

1105. L'observation de ces prescriptions suffit, sans aucun doute, lorsque la renonciation de la femme est purement extinctive, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de créanciers hypothécaires postérieurs. A cet égard la loi de 1889 n'innove pas [2] ; elle consacre la pratique antérieure.

Mais lorsqu'il existe des créanciers hypothécaires postérieurs, la renonciation de la femme peut être suivie d'une véritable translation du droit de préférence. Tel est le résultat du paiement total ou partiel du prix fait du consentement de la femme. Dans ce cas, suffit-il, vis-à-vis de tous autres que les subrogés postérieurs à l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari, que la renonciation ait été publiée par l'un des modes que nous venons d'indiquer ?

Sous la réserve des droits particuliers de ces subrogés postérieurs, nous sommes portés à nous prononcer pour l'affirmative. Car tel est le principe de la loi nouvelle. On a voulu mettre un terme à la controverse née de la loi de 1855 ; on a voulu réglementer d'une manière complète la publicité de la renonciation au profit de l'acquéreur. A cet effet, on a édicté une règle unique. La renonciation entraîne l'extinction de l'hypothèque légale ; elle sera publiée au moyen de la transcription ou d'une mention en marge de la transcription préexistante. C'est logique ; on ne comprendrait pas qu'on fût obligé de faire inscrire une hypothèque éteinte. Tel était le système très simple de la loi nouvelle.

Il n'est pas probable que la modification apportée à l'avant-dernier alinéa, sur un amendement de M. Lacombe, ait détruit ce système si logique et rétabli la distinction de la renonciation extinctive et de la renonciation translative. Nous remar-

(1) Escorbiac, *op. cit.*, p. 130; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 88 s. ; Wable, *op. cit.*, 95; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 27 *sexties*, III, 5e éd. p. 773.

(2) Civ. cass., 5 mai 1890, D., 90. 1. 467, S., 90. 1. 392.

quons d'ailleurs que l'inscription ou la mention en marge de l'inscription préexistante est seulement requise pour la subrogation. Or la subrogation est la conséquence non de la renonciation seule, mais du concours de la femme à la quittance du prix ou de son consentement au paiement.

Par conséquent, la renonciation par elle-même ne produit qu'un effet extinctif. La transcription de l'acte d'aliénation qui la contient, ou la mention en marge de la transcription antérieure suffit pour lui assurer ses effets à l'égard des tiers; peu importe qu'il existe ou non des créanciers hypothécaires postérieurs; peu importe que la renonciation puisse ou non être suivie d'une subrogation au droit de préférence (1).

1106. La sanction de la loi consiste dans l'impossibilité pour l'acquéreur de se prévaloir de la renonciation dont il est le bénéficiaire. Mais à l'égard de quelles personnes encourt-il cette déchéance? Quels sont, en d'autres termes, ceux qui peuvent opposer le défaut de transcription ou de mention suivant les cas?

Il est certain, comme nous l'avons dit, que ce droit ne saurait appartenir à la femme ou à ses héritiers. Car la publicité n'a pas été prescrite dans leur intérêt (2).

Mais que décider en ce qui concerne les tiers qui n'ont pas figuré à l'acte?

Le projet du gouvernement résolvait expressément cette question et conférait ce droit *aux créanciers subrogés par la femme dans ses droits hypothécaires*, qui ont fait inscrire ou mentionner leur subrogation depuis la renonciation mais avant que celle-ci n'ait été rendue publique. Cette rédaction a été modifiée et le texte de la loi est muet sur la question.

On en a conclu que le défaut de publicité peut être opposé par tous les tiers intéressés, non seulement par les ayants cause de la femme, mais encore par les ayants cause du mari,

(1) Tissier, *op. et loc. cit.*, p. 645, n. 15; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 27 *septies*, III, 5e éd. p. 773; Huc, XIII, 299; Planiol, II, 3488. — *Contra* Guillouard, IV, 1815.

(2) Escorbiac, *op. cit.*, p. 140; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 82-83; Wable, *op. cit.*, 86-87; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 27 *ter*, III, 5e éd. p. 772; Guillouard, IV, 1815; L. et A. Mérignhac, 206; Planiol, II, 3484.

notamment par ses créanciers hypothécaires inscrits avant la renonciation mais primés par l'hypothèque légale (1).

Nous pensons au contraire que ceux-ci n'en ont pas le droit, parce qu'ils n'y ont pas intérêt. Ils ne sauraient être admis à se prévaloir cumulativement et de la renonciation, pour écarter la femme, et du défaut de publicité pour écarter l'acquéreur. Ils ne peuvent pas invoquer la renonciation, parce qu'elle n'a pas été faite en leur faveur et qu'ils sont étrangers à la convention. Ils ne peuvent pas opposer le défaut de publicité, parce que cette publicité a été organisée pour sauvegarder les intérêts des ayants cause de la femme et qu'ils sont les ayants cause du mari. C'est donc seulement dans le cas où la femme renoncerait plus tard à leur profit à se prévaloir de son hypothèque légale qu'ils pourraient invoquer la loi de 1889. Mais ils agiraient alors en qualité d'ayants cause de la femme et non en qualité d'ayants cause du mari (2).

1107. Nous sommes ainsi conduits à cette conclusion. Ceux qui peuvent se prévaloir du défaut de publicité de la renonciation, ce ne sont pas les ayants cause du mari parce qu'ils n'y ont pas d'intérêt, ce sont les ayants cause de la femme.

Au premier rang se présentent les créanciers qu'elle aura subrogés dans son hypothèque légale, pourvu qu'ils aient fait inscrire ou mentionner leur subrogation avant la transcription de l'acte d'aliénation contenant renonciation, ou avant la mention en marge de l'acte postérieur portant renonciation (3).

1108. Les créanciers chirographaires de la femme, d'une manière plus générale ceux qui n'ont pas été subrogés par elle dans son hypothèque légale, peuvent-ils opposer le défaut de publicité de la renonciation ? Nous avons vu qu'ils pouvaient se prévaloir, à l'encontre des créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme, du défaut de publicité de

(1) Wable, *op. cit.*, 96 ; Guillouard, IV, 1815.

(2) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 86 s. ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 27 *decies*, III, 5e éd. p. 774 ; Huc, XIII, 300 ; L. et A. Mérignhac, 206.

(3) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 87-88 ; Wable, *op. cit.*, 96 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 27 *octies*, III, 5e éd. p. 773-774 ; L. et A. Mérignhac, 207 ; Huc, XIII, 300 ; Guillouard, IV, 1815.

leur subrogation [1]. Jouissent-ils du même droit à l'encontre de l'acquéreur au profit duquel a été consentie une renonciation à l'hypothèque légale ?

Nous sommes convaincus qu'ils n'en sont pas investis. Les créanciers chirographaires sont les ayants cause de leur débiteur ; ils subissent l'effet des aliénations consenties par celui-ci ; pour cela nulle publicité n'est requise et les créanciers chirographaires ne peuvent pas opposer le défaut de transcription des actes à titre onéreux. Or, l'acquéreur, au profit duquel la femme a renoncé à son hypothèque légale, est seulement tenu de faire transcrire. Donc l'inaccomplissement de cette formalité ne peut pas être opposé par les créanciers chirographaires. Il est vrai qu'ils ont la faculté d'invoquer contre un créancier hypothécaire le défaut d'inscription de son hypothèque (art. **2134**). Mais c'est qu'alors le conflit s'élève entre deux créanciers, dont les droits sont égaux en principe (art. **2093**) ; c'est qu'il s'agit d'une question de rang. Ici au contraire le conflit s'élève entre des créanciers et un tiers détenteur ; les premiers ne peuvent agir contre le second que s'ils ont une hypothèque. Tel n'est pas notre cas. Pour poursuivre le tiers acquéreur, les créanciers chirographaires sont obligés d'invoquer le droit de la femme, leur débitrice. Or la femme a perdu son droit de suite par l'effet de sa renonciation. Par conséquent, ses créanciers chirographaires, n'ayant pas plus de droits qu'elle, ne peuvent opposer le défaut de transcription ou de mention de l'acte contenant la renonciation [2].

Nous arrivons ainsi à constater que la formule du projet du gouvernement est seule exacte et que sa suppression n'a aucune importance. C'est seulement à l'égard des créanciers subrogés par la femme dans ses droits hypothécaires que la publicité de la renonciation est nécessaire.

1109. Nous avons vu que la renonciation au profit d'un tiers acquéreur n'opère l'extinction de l'hypothèque légale qu'à partir soit de la transcription de l'acte d'aliénation si la

[1] *Supra*, II, 1099.

[2] Wable, *op. cit.*, 97 ; Guillouard, IV, 1815 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 27 *nonies*, III, 5e éd. p. 774 ; Huc, XIII, 300 ; L. et A. Mérignhac, p. 305, note 1.

renonciation y est contenue, soit de sa mention en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été constatée par un acte authentique distinct. Nous en avons conclu, malgré la controverse, que jusqu'à ce moment les subrogés à l'hypothèque légale avaient le droit de requérir à leur profit inscription de l'hypothèque légale. La date de l'accomplissement des formalités de publicité sert donc à fixer les droits de chacun.

Mais il peut arriver que cette date soit la même, que la transcription ait été effectuée le jour où a été prise l'inscription de l'hypothèque légale. Comment déterminer la situation respective des parties? Si l'acquéreur était lui-même un subrogé, on pourrait appliquer l'art. 2147 et décider que tous exerceront l'hypothèque légale en concurrence. Mais, la renonciation au profit de l'acquéreur n'est pas translative de l'hypothèque légale, elle en opère l'extinction. Dans ces conditions, les juges devront préférer celui qui a le premier requis l'accomplissement de la formalité. Pour le déterminer, il faut tenir compte des circonstances. Le registre des remises ou de dépôt devra être pris en très sérieuse considération, puisqu'il s'agit de formalités remplies sur des registres différents. Ses énonciations n'auront pas cependant une valeur absolue, car il n'est pas public et les tiers ne connaissent, en principe, que le registre des transcriptions et celui des inscriptions [1].

E. *Effets de la subrogation ou de la renonciation.*

1110. Les effets de la subrogation ou la renonciation à l'hypothèque légale varient suivant les cas, avec la personnalité du bénéficiaire de la stipulation.

Si la subrogation ou la renonciation a été consentie en faveur d'un créancier de la femme ou du mari, elle est translative ou investitive. Le stipulant a le droit d'exercer, en son propre nom et sans le concours de la femme [2], par conséquent à l'exclusion de tous autres, l'hypothèque légale qui lui a été transmise.

[1] Cpr. Verdier, II, 366; L. et A. Mérignhac, 82. — V. *infra*, III, 2073 à 2076.
[2] Pau, 17 juin 1889, D., 90. 2. 21.

Au contraire, lorsque la clause a été insérée dans l'acte de vente d'un propre du mari ou d'un immeuble de la communauté au profit de l'acheteur, elle se présente sous la forme d'une renonciation expresse ou tacite; cette renonciation est tantôt abdicative ou extinctive, tantôt translative et investitive. Elle a le premier caractère lorsqu'il n'existe pas sur les immeubles, objet du contrat, d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme. Elle n'a alors qu'un but : mettre l'acheteur à l'abri du danger d'éviction auquel peut l'exposer l'hypothèque légale. Or, pour atteindre ce résultat, il suffit que l'hypothèque soit éteinte ; l'acheteur n'aura jamais besoin de la faire valoir. L'effet de la convention se trouve ainsi déterminé et limité. Dans l'autre hypothèse, au contraire, lorsqu'il existe des hypothèques postérieures en rang à celle de la femme, l'acheteur court d'autres dangers : s'il est poursuivi par les créanciers après avoir payé son prix, il est exposé à perdre la chose et le prix, ou si, pour éviter ce péril, il a recours à la purge, il peut être obligé de payer deux fois. Pour sauvegarder ses intérêts, il faut alors que la renonciation produise en sa faveur des effets plus étendus; il faut qu'elle l'autorise à exercer les droits de la femme et à réclamer dans l'ordre ouvert sa collocation par préférence aux autres créanciers hypothécaires. Il jouira de cette faculté. En le décidant ainsi, on donne à la convention une interprétation conforme à la volonté des parties. La femme n'a pas seulement entendu abdiquer son hypothèque, elle a eu l'intention de donner à l'acheteur une garantie, une sûreté contre les dangers qu'il court. C'est pourquoi elle n'a pas simplement renoncé à son hypothèque; elle y a renoncé *en faveur* de l'acheteur. Aussi les créanciers postérieurs ne pourront-ils pas se prévaloir de la clause de l'acte de vente [1].

Ainsi donc la renonciation à l'hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari est tantôt abdicative, tantôt translative; la subrogation à l'hypothèque légale au profit d'un créancier du mari ou de la femme, qu'elle se pré-

[1] Mourlon, *Subrog.*, p. 609; Berlauld, 140; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 471 et 472. — V. *supra*, II, 1072.

sente sous la forme d'une cession ou d'une renonciation, est toujours translative.

La loi du 13 février 1889 semble avoir modifié cette conception de la renonciation par la femme à son hypothèque légale, lorsqu'elle intervient en faveur de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté. Le législateur l'a envisagée comme purement extinctive; seulement elle n'éteint que le droit de suite; elle laisse subsister le droit de préférence, dans lequel l'acquéreur pourra être ultérieurement subrogé. Il nous faut donc encore distinguer ces deux hypothèses.

1. *Effets de la subrogation au profit d'un créancier.*

1111. Sauf le cas d'une simple cession d'antériorité ou d'une renonciation purement abdicative, c'est-à-dire d'une promesse d'abstention, le subrogé est, en vertu de la subrogation, investi du droit hypothécaire de la femme et peut l'exercer, en son nom personnel, dans son intérêt exclusif, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du montant de sa créance. Que la subrogation ait eu lieu au profit d'un créancier personnel de la femme ou d'un créancier du mari, il n'y a pas lieu de distinguer.

Le subrogé aura le droit de s'opposer à ce que la femme soit colloquée avant lui sur le prix des immeubles du mari. Celle-ci d'ailleurs ne serait pas non plus admise à concourir avec le subrogé. Cette solution a cependant été contestée dans le cas où la femme s'est bornée à renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un créancier de son mari. On a prétendu qu'elle conservait alors le droit de concourir avec ce créancier, au marc le franc de leurs créances respectives, sur le prix des immeubles auxquels s'appliquait la renonciation [1]. Mais cette doctrine, qui est en opposition avec l'intention des parties et qui avait été repousssée dès avant 1855 par la généralité des auteurs et des arrêts, ne nous paraît plus pouvoir être reproduite aujourd'hui. L'art. 9 de la loi de 1855 met sur la même ligne les renonciations et les subrogations à l'hypothèque légale. Les unes et les autres produisent les

[1] Mourlon, *Subrog.*, p. 598 s.

mêmes effets. Elles sont également translatives. Elles mettent la femme dans l'impossibilité de se prévaloir de son hypothèque légale au préjudice du créancier subrogé (1).

1112. Investi du droit hypothécaire de la femme, le subrogé pourra se faire colloquer aux lieu et place de celle-ci, non seulement sur le prix des immeubles qui lui ont été personnellement hypothéqués, mais encore sur le prix de tous les immeubles du mari, même sur le prix de ceux que ce dernier aurait acquis depuis la subrogation (2) ou même depuis la dissolution du mariage (3).

Il exercera ce droit non seulement à l'encontre des créanciers hypothécaires du mari, mais à l'encontre et par préférence aux autres créanciers de la femme qui n'auraient pas été subrogés à son hypothèque légale et à ceux dont la subrogation n'aurait été consentie ou ne serait devenue opposable aux tiers que postérieurement.

Il pourra enfin se prévaloir du droit de suite inhérent à l'hypothèque légale et l'exercer contre les tiers acquéreurs d'immeubles du mari ou de la communauté, dans les mêmes conditions que la femme et par conséquent même contre les tiers acquéreurs d'immeubles aliénés avant la subrogation (4).

(1) Troplong, II, 906 et *Transcr.*, 332; Gauthier, *Subrog.*, 583; Rivière et Huguet, 385 s.; Bertauld, 50; Pont, I, 476 et 477: Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et notes 28 et 44, III, 4e éd. p. 470, 475, 5e éd. p. 775, 781; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XXIII: Thézard, 106; Guillouard, IV, 1740, 1770; Huc, XIII, 301; L. et A. Mérignhac, 108. — Paris, 1er juin 1807; Amiens, 17 mars 1823; Req., 15 juin 1825; Nancy, 22 mai 1826; Req., 2 avril 1829, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 967, 975, 980, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II. 2. 251, VII. 2. 182, VIII. 1. 137, VIII. 2. 236, IX. 1. 266. — Lyon, 7 avril 1854, S., 54. 2. 577. — Req., 8 août 1854, D., 55. 1. 337, S., 54. 1. 321. — Douai, 12 fév. 1891, D., 93. 2. 481.

(2) Bertauld, 139; Mourlon, *Transcr.*, II, 920; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XXIII, Thézard, 106; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 779; L. et A. Mérignhac, 100. — Civ. rej., 3 juillet 1866, D., 66. 1. 289, S., 66. 1. 345. — Paris, 18 août 1876, D., 78. 2. 78, S., 79. 2. 295. — Lyon, 27 déc. 1882, D., 83. 2. 243, S., 84. 2. 62. — Limoges, 19 fév. 1897, D., 99. 2. 122.

(3) Pont, II, 829; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, § 794, note 1, p. 155; L. et A. Mérignhac, 103. — Civ. rej., 24 mai 1869, D., 69. 1. 276, S., 69. 1. 345.

(4) Pont, I, 474; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 474, 5e éd. p. 779; Guillouard, IV, 1781; L. et A. Mérignhac, 100. — Civ. cass., 18 décembre 1854, D., 55. 1. 34, S., 55. 1. 247. — Bourges, 11 juin 1855, D., 59. 1. 74, S., 55. 2. 635.

Il peut exercer le droit de la femme du chef de toutes les créances qui lui appartiennent contre son mari, même à raison du recours que la femme a acquis en s'obligeant solidairement avec son mari (1).

Telle est la portée naturelle de la convention. Elle est générale ; elle transfère le droit de la femme dans toute son étendue ; elle donne au subrogé le droit de l'exercer contre tous (2) ; cependant son intérêt est la limite de son droit. Il l'exerce pour le capital de sa créance, pour les intérêts dans la mesure fixée par l'art. 2151 (3) et pour les frais (4).

Mais nous verrons que les parties peuvent, par leur volonté, restreindre la portée de la convention et limiter l'effet de la subrogation soit à certaines créances de la femme, soit à certains immeubles du mari. Nous aurons alors à préciser l'étendue des droits du subrogé (5).

1113. Une fois parfaite, la subrogation lie les parties, comme toute autre convention. Par conséquent, en vertu de l'art. 1134, elle ne peut être révoquée ou modifiée que de leur consentement mutuel. La femme n'a pas le droit de l'anéantir par l'effet de sa volonté unilatérale ; elle ne peut pas y porter atteinte en exerçant ses reprises au détriment du subrogé qui n'a pas rendu sa subrogation publique (6) ; elle ne pourrait pas y porter atteinte par de nouvelles cessions ou subrogations ; le subrogé est investi d'un droit réel. Cependant, la loi exige que la subrogation ait été rendue publique pour être opposable aux tiers. Nous avons dit que les subrogés postérieurs notamment étaient des tiers et pouvaient opposer le défaut de publicité (7). C'est donc seulement par l'accomplissement de ces mesures préservatrices, que le droit du subrogé est à l'abri de tout danger de ce chef.

De notre principe il résulte également que la réduction de

(1) L. et A. Mérignhac, 108. — Alger, 27 juin 1892, S., 93. 2. 241.

(2) Thézard, 106 ; L. et A. Mérignhac, 108 s.

(3) L. et A. Mérignhac, 126, 127. — Cpr. Mourlon, *Transcr.*, II, 1094. — V. *infra*, III, 1742.

(4) L. et A. Mérignhac, 128.

(5) *Infra*, II, 1123-1130.

(6) V. L. et A. Mérignhac, 96 97. — Rouen, 7 mars 1903, D., 04. 2. 150.

(7) *Supra*, II, 1098.

l'hypothèque légale, opérée conformément aux art. 2144 et 2145, ne peut pas nuire au subrogé [1].

1114. Bien que le créancier soit investi d'un droit que la femme ne peut pas lui enlever, l'effet de la convention est cependant subordonné à la condition que la femme aura une créance de reprises à exercer. Celle-ci ne peut pas, en effet, transmettre plus de droits qu'elle n'en a. Le subrogé ne pourra donc invoquer l'hypothèque légale que dans la mesure où la femme elle-même en aurait la faculté. Or, entre les mains de la femme, l'hypothèque légale est la garantie de ses créances contre son mari. C'est donc seulement lorsque la liquidation de la société conjugale constituera la femme créancière et jusqu'à concurrence des créances ainsi constatées [2], que le subrogé pourra exercer l'hypothèque. Par où l'on voit que la subrogation peut, par l'événement, se réduire à rien, soit par suite de l'extinction des créances de la femme auxquelles l'hypothèque légale était attachée, soit parce que celles de ces créances qui étaient éventuelles n'auront pas pris naissance à son profit [3].

On peut objecter qu'ainsi envisagée la subrogation à l'hypothèque légale n'offre pas un avantage certain au subrogé, et refuser d'admettre cette solution, au moins lorsque l'extinction des créances de la femme est le résultat d'un acte volontaire de celle-ci [4]. Mais il nous semble que ce serait exagérer la portée de la convention et faire produire à la subrogation les mêmes effets qu'à une cession de créance ou à un nantissement véritable. Tel n'est pas, nous l'avons déjà dit, le

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 473, 5e éd. p. 778 ; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XXVI; Thézard, 107 ; L. et A. Mérignhac, 107 ; Guillouard, IV, 1776. — Bordeaux, 10 août 1853, D., 54. 2. 26, S., 54. 2. 98. — V. Rouen, 7 mai 1903, D., 04. 2. 150.

(2) Douai, 12 fév. 1891, D., 93. 2. 281 (*Note* de M. Planiol). — Civ. rej., 8 août 1894, D., 95. 1. 235, S., 97. 1. 122. — Bordeaux, 19 fév. 1895, D., 96. 2. 276, S., 96. 2. 27. — Civ. rej., 26 déc. 1900, D., 01. 1. 129.

(3) Orléans, 16 mars 1849, D., 49. 2. 156, S., 49. 2. 449 (*Note* de M. Carette). — Req., 30 avril 1849, D., 50. 1. 117, S., 49. 1. 465 (*Note* de M. Carette). — Paris, 3 fév. 1855, D., 55. 2. 285, S., 55. 2. 307. V. aussi les arrêts cités aux notes suivantes.

(4) Mourlon, *Transcr.*, 911 ; Berlauld, 116 s. — Toulouse, 22 juin 1859 (avec Cass.), D., 60. 1. 400, S., 61. 1. 881.

caractère de la convention. Elle a pour but d'une part de mettre le subrogé à l'abri des dangers résultant pour lui de l'exercice par la femme de son hypothèque légale, d'autre part de l'investir du droit de l'exercer à son profit si elle existe. La convention a donc un caractère éventuel, aléatoire, et elle doit l'avoir pour que le contrat de mariage puisse continuer de produire ses effets et de régir les rapports des époux (1).

Si donc les époux sont mariés sous le régime de la communauté et si la liquidation de la société conjugale dissoute constate que la femme n'est pas créancière de son mari, l'hypothèque légale n'a pas d'existence parce qu'elle manque du support qui lui est indispensable : une créance à garantir. Le subrogé ne pourra retirer aucun bénéfice de la subrogation qui lui a été consentie et cela alors même que la femme avait, à l'époque de la convention, une créance contre son mari éteinte depuis par compensation (2).

De même encore si la femme a stipulé la faculté de reprendre son apport franc et quitte de toute dette en cas de renonciation à la communauté, et si elle l'accepte après sa dissolution, l'hypothèque légale n'existe plus de ce chef; par suite, la subrogation s'évanouit faute d'objet et le subrogé ne retirera de la convention aucun avantage (3).

1115. L'acceptation de la communauté exerce une influence considérable sur les droits des subrogés. Ils sont en effet soumis aux mêmes règles que la femme (4). En conséquence, ils ne peuvent pas exercer l'hypothèque légale sur les biens attribués à celle-ci dans le partage (5). Pour les mêmes motifs,

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 32, III, 4e éd. p. 472, 5e éd. p. 776.

(2) Pont, I, 482; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 472, 5e éd. p. 776-777; Thézard, 107; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XXIV; Guillouard, IV, 1774; Huc, XIII, 301; Planiol, II, 3495. — Paris, 3 fév. 1855, D., 55. 2. 285, S., 55. 2. 307. — Cpr. Lyon, 3 juill. 1867, et sur pourvoi Civ. rej., 24 mai 1869, D., 69. 1. 276, S., 69. 1. 345. — *Contra* L. et A. Mérignhac, 112. — Toulouse, 22 juill. 1859 (sous Req., 19 janv. 1860), D., 60. 1. 400.

(3) Pont, I, 483; Bertauld, 126; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 472, 5e éd. p. 777; Thézard, 108; Guillouard, IV, 1777. — Req., 30 avril 1849, D., 50. 1. 117, S., 49. 1. 465.

(4) *Supra*, II, 1007 s.

(5) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 473, 5e éd. p. 777-778; Colmet de

ils ne peuvent pas être colloqués, en vertu de cette hypothèque, sur les acquêts échus au mari avant les créanciers auxquels ils auraient été hypothéqués par le mari pendant la communauté (1). Pour empêcher ces résultats funestes, le subrogé n'a qu'un moyen : recourir à l'action paulienne et faire déclarer non avenue à son égard une acceptation faite en fraude de ses droits (2).

Si, après la dissolution de la communauté, la femme acceptante vendait conjointement avec son mari ou les héritiers de celui-ci des biens communs, ou si des biens de cette nature étaient saisis et expropriés sur eux, les subrogés ne pourraient exercer l'hypothèque légale que sur la part du prix revenant au mari ou à ses héritiers (3).

Si les héritiers de la femme prédécédée se trouvent appelés à recueillir la succession du mari, et s'ils acceptent purement et simplement l'une et l'autre succession, il se produit en leur personne une confusion qui, éteignant la créance, éteint en même temps l'hypothèque légale. Le subrogé ne pourrait plus dès lors l'invoquer. Il en serait de même dans l'hypothèse inverse, dans le cas où, la communauté étant dissoute par le prédécès du mari, la femme décèderait après lui, laissant les mêmes héritiers et où les deux successions seraient acceptées purement et simplement (4). Il y aurait lieu seulement de se demander si les subrogés ne pourraient pas trouver quelquefois dans la séparation des patrimoines le moyen de prévenir ce résultat. Mais l'examen de cette question nous entraînerait en dehors de notre sujet (5).

Les mêmes règles s'appliqueraient dans le cas où l'époux

Santerre, IX, 81 *bis*-XXV; Thézard, 108; Guillouard, IV, 1777; L. et A. Mérignhac, 105. — Civ. rej., 1er août 1848, D., 48. 1. 189, S., 48. 1. 727. — Colmar, 1er mars 1855, D., 57. 2. 37, S., 56. 2. 577.

(1) Colmar, 1er mars 1855, précité. — Paris, 31 mars 1853 et sur pourvoi, Civ. rej., 26 juin 1855, D., 55. 1. 273, S., 55. 1. 670.

(2) L. et A. Mérignhac, 117. — Cpr. Carette, *Note* dans S., 49. 1. 465.

(3) Thézard, 108; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 473, 5e éd. p. 778. — Paris, 31 mars 1853, D. (avec Cass.), 55. 1. 273, S., 53. 2. 337.

(4) Pont, I, 483; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 473, 5e éd. p. 777; Thézard, 108; Guillouard, IV, 1778; L. et A. Mérignhac, 119. — Orléans, 16 mars 1849, D., 49. 2. 156, S., 49. 2. 449. — *Contra* Bertauld, 117 et 118.

(5) Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3187; L. et A. Mérignhac, 119.

survivant serait appelé soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une disposition de dernière volonté, à recueillir la succession de son conjoint prédécédé et se trouverait, en vertu de la jurisprudence, tenu *ultra vires* de ses obligations. Ainsi, lorsque la femme décède laissant pour unique héritier son mari et qu'elle a pour seule reprise droit à une récompense à raison de l'engagement contracté solidairement avec celui-ci, la confusion anéantit l'effet de la subrogation [1].

Lorsque la femme a, soit par une manifestation expresse de sa volonté, soit tacitement en s'obligeant conjointement et solidairement avec son mari par l'acte même dans lequel il a constitué une hypothèque conventionnelle, limité la subrogation à l'effet de l'hypothèque légale sur un immeuble déterminé et lorsque cet immeuble se trouve compris, au jour de la dissolution de la communauté, dans la masse partageable, le sort de la subrogation, comme le sort de l'hypothèque légale, dépend du résultat du partage. Elles s'évanouiront en même temps, si l'immeuble tombe au lot de la femme [2].

Enfin le subrogé ne peut exercer le droit de la femme que dans la mesure où celle-ci serait admise à le faire [3]. Si la créance du subrogé est supérieure à celle de la femme, il ne pourra se prévaloir de l'hypothèque légale que dans la limite de cette dernière. Si, par exemple, il lui est dû 20.000 fr. et si les reprises de la femme sont arrêtées à la somme de 10.000 fr., la subrogation ne pourra manifestement produire d'effets que jusqu'à concurrence de cette somme de 10.000 fr. C'est le droit de la femme que le subrogé est appelé à exercer.

1116. Nous avons supposé jusqu'ici que la femme avait subrogé un tiers dans son hypothèque légale et nous avons vu que sa volonté, impuissante à porter une atteinte directe au droit du subrogé, pouvait cependant exercer une influence indirecte sur l'hypothèque légale.

Il en serait autrement si la femme avait cédé une créance déterminée de ses reprises ou l'avait affectée à titre de nantissement en observant les formalités de l'art. 2075. Dans ce

(1) Civ. rej., 8 août 1894, D., 95. 1. 236, S., 97. 1. 122.
(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 473, 5e éd. p. 777-778.
(3) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 474, 5e éd. p. 779-780.

cas, le paiement effectué par le mari ou tout autre mode d'extinction de la créance de la femme ne pourrait nuire ni au cessionnaire, ni au créancier gagiste (1).

1117. Pour exercer le droit dont il est investi, le subrogé est donc obligé de justifier de l'existence et de la quotité des créances de la femme contre son mari (2). Il lui est même nécessaire d'en établir l'origine et la date, puisqu'elles servent à déterminer le rang de l'hypothèque. Il peut employer à cet effet les mêmes modes de preuve que la femme (3).

Dans un cas, cependant, il est dispensé de fournir cette preuve, ou plutôt le titre de sa créance satisfait à toutes les exigences. C'est lorsque la subrogation accompagne une obligation contractée par la femme conjointement ou solidairement avec son mari dans l'intérêt de celui-ci ou de la communauté. La femme joue alors, vis-à-vis de son mari, le rôle d'une caution (art. **1431**). Elle acquiert donc contre lui un recours éventuel, et elle peut l'exercer même avant d'avoir payé dans les cas prévus par l'art. **2032**. Elle a droit à une indemnité et cette indemnité est garantie par l'hypothèque légale. Il suffit alors au subrogé de justifier de l'existence de sa créance contre la femme pour avoir par cela même démontré l'efficacité de la subrogation qui lui a été consentie. Mais, s'il n'existe pas d'autres reprises, l'hypothèque légale ne prendra rang qu'à la date de l'obligation (4) et ne pourra être exercée sur les immeubles antérieurement aliénés par le mari (5).

(1) Thézard, 107 ; Huc, XIII, 301.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 474, 5e éd. p. 780. — Bourges, 31 juillet 1899, S., 00. 2. 206.

(3) Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 41 *quater in fine*, III, 5e éd. p. 780; L. et A. Mérignhac, 108. — Civ. rej., 26 juin 1855, D., 55. 1. 273, S., 55. 1. 670. — Agen, 23 mars 1870, D., 70. 2. 248, S., 70. 2. 274. — Req., 22 janvier 1900, D., 00. 1. 159, S., 01. 1. 268.

(4) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 474, 5e éd. p. 780; Thézard, 108; L. et A. Mérignhac, 108; Guillouard, IV, 1779. — Orléans, 12 juill. 1854, S., 54. 2. 561. — Metz, 22 janv. 1856, D., 56. 2. 152, S., 56. 2. 395. — Paris, 8 janv. 1859, D., 59. 2. 65, S., 59. 2. 65. — Caen, 31 août 1863, D., 64. 2. 138. — Lyon, 3 juill. 1867, et sur pourvoi Civ. rej., 24 mai 1869, D., 69. 1. 276, S., 69. 1. 345. — Nancy, 20 déc. 1871, D., 72. 2. 35, et sur pourvoi Civ. cass. (rejet sur ce point), 26 janv. 1875, D., 75. 1. 52. — Agen, 20 mars 1889, D., 90. 2. 143.

(5) Req., 11 fév. 1867, D., 67. 1. 465, S., 67. 1. 101.

1118. Investi du droit hypothécaire de la femme, le subrogé ne peut l'exercer qu'à l'époque où la femme elle-même aurait le droit de le faire, c'est-à-dire lorsque la créance sera devenue exigible, ce qui n'a lieu qu'à la dissolution du mariage, ou à la séparation, soit de corps, soit de biens (1).

Cependant en cas de faillite ou de déconfiture du mari, l'art. 1446, tout en refusant aux créanciers de la femme le droit de poursuivre la séparation de biens, leur permet d'exercer les droits de la femme jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. Dans ces conditions, le subrogé est autorisé à exercer l'hypothèque légale de la femme et à poursuivre les tiers détenteurs des immeubles qui en sont grevés (2).

Par application de la même disposition, on reconnaît au créancier subrogé, appelé à un ordre ouvert à la suite d'une poursuite en expropriation forcée faite à la requête d'autres créanciers du mari, le droit de produire et d'exercer les reprises de la femme telles qu'elles existent alors, sans qu'on puisse lui opposer l'éventualité de l'extinction de ces créances (3).

1119. Le créancier subrogé peut, comme la femme, exercer le droit de suite qui est un des attributs de l'hypothèque légale. Il peut notifier aux tiers détenteurs la sommation de payer ou de délaisser prescrite par l'art. 2169. Mais il faudra que les reprises de la femme soient certaines, liquides et exigibles au moins en partie. Cette sommation est d'ailleurs soumise aux règles du droit commun, que nous aurons l'occasion de développer (4).

1120. Si l'acquéreur d'un immeuble du mari remplit les formalités de la purge des hypothèques inscrites et si le subrogé a fait inscrire l'hypothèque légale à son profit ou

(1) V. pour le cas de purge, *infra*, III, 2577.

(2) L. et A. Mérignhac, 117-122; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 780. — Orléans, 12 juill. 1854, S., 54. 2. 561 et sur pourvoi Civ. rej., 4 fév. 1856, D., 56. 1. 61, S., 56. 1. 225. — Cpr. Civ. cass., 14 janv. 1817, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 1003, S., 17. 1. 146. — Metz, 27 janv. 1859, *J. G. Suppl.*, eod. vo, 633, S., 59. 2. 367. — V. aussi Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 898.

(3) Thézard, 107; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 781. — Civ. rej., 24 mai 1869, D., 69. 1. 276, S., 69. 1. 345.

(4) *Infra*, III, 2122 s.

requis mention de sa subrogation en marge de l'inscription préexistante, il se trouve dans la même situation que tout autre créancier inscrit. Les notifications prescrites par les art. 2183 et 2184 doivent lui être faites en sa qualité de créancier subrogé (1). Il aura, en cette qualité, le droit de porter une surenchère du dixième, pourvu qu'il justifie de l'existence d'une créance de reprises et par suite de l'hypothèque légale dont il se prévaut (2).

1121. Si le tiers acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté procède à la purge des hypothèques légales, le subrogé sera tenu de remplir les formalités de publicité ordonnées par la loi de 1855 avant l'expiration du délai de deux mois fixé par l'art. 2194. Néanmoins, s'il ne le fait pas, il ne sera pas privé du droit de préférence; il pourra l'invoquer, pourvu qu'il produise à l'ordre dans les quarante jours de la sommation si l'ordre se règle judiciairement et avant la clôture s'il se termine à l'amiable (art. 717 Pr. civ.) (3). Il exerce les droits de la femme sa débitrice.

1122. Lorsque plusieurs personnes ont été successivement et d'une manière générale subrogées dans l'hypothèque légale d'une femme mariée, l'ordre de préférence entre elles se déterminait, sous l'empire du code, par la date des subrogations. Il se détermine aujourd'hui, en vertu du 2e al. de l'art. 9 de la loi de 1855, par la date des inscriptions par eux requises à leur profit de l'hypothèque légale ou par la date des mentions opérées en marge de l'inscription préexistante, sans tenir compte de la date des significations qui auraient pu être faites (4).

Si ces formalités ont été remplies le même jour par plusieurs créanciers subrogés, ils viendront en concours en vertu

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 474, 5e éd. p. 778; Guillouard, IV, 1780; L. et A. Mérignhac, 132. — Angers, 3 avril 1835, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2211, S., 35. 2. 226. — Paris, 24 août 1840, *J. G.*, eod. v°, 2211, S., 41. 1. 336 à la note. — *Contra* Amiens, 10 juill. 1843, D., 46. 2. 164, S., 46. 2. 395.

(2) Bertauld, *Rev. prat.*, X, 1860, p. 209 et s., *Quest. prat.*, II, 515, 516; L. et A. Mérignhac, 132, 133. — Riom, 6 déc. 1848, D., 49. 2. 140, S., 49. 2. 147. — Nancy, 22 mai 1869, D., 69. 2. 201, S., 69. 2. 225 (*Note* de M. Lyon-Caen).

(3) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 779.

(4) Bordeaux, 18 nov. 1890, D., 94. 2. 569.

de l'art. 2147, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de l'ordre des réquisitions adressées au conservateur des hypothèques. L'art. 2147 peut être une exception aux principes du droit commun et à la règle : *Prior tempore, potior jure.* Mais il n'en régit pas moins toutes les inscriptions en matière hypothécaire et par conséquent la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée [1].

1123. Dans tous les développements qui précèdent, nous avons supposé que la subrogation était générale, qu'elle s'appliquait à toutes les créances de la femme contre son mari et à tous les immeubles grevés de l'hypothèque légale. C'est l'hypothèse que l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 a certainement eue en vue. Mais il peut en être autrement. Ordinairement la subrogation expresse est générale [2], mais rien ne s'oppose à ce que les parties en limitent l'effet à une certaine espèce de créances ou à certains immeubles. Le principe de la liberté des conventions autorise ces stipulations. L'hypothèse se réalise plus fréquemment, lorsque la subrogation est tacite et résulte de l'engagement conjoint et solidaire contracté par la femme dans l'acte même par lequel le mari constitue une hypothèque conventionnelle. Dans ce cas, le créancier ne peut se prévaloir de l'hypothèque légale en son nom personnel que sur l'immeuble grevé de l'hypothèque conventionnelle [3].

Quels seront alors les droits des divers subrogés?

1124. Supposons d'abord que ces divers subrogés aient été subrogés à des créances différentes, l'un à la créance de la dot, l'autre à l'indemnité due à raison de l'aliénation d'un propre, par exemple. Nous considérons comme certain que chacun d'eux sera colloqué au rang déterminé par l'art. 2135, sans tenir compte de la date des subrogations ou des inscrip-

(1) Troplong, *Transcr.*, 339 : Pont, II, 797 : Bressolles, 106 : L. et A. Mérignhac, 83 : Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 781. — *Contra* Mourlon, *Transcr.*, II, 1093.

(2) Civ. rej., 2 juillet 1866, D., 66. 1. 289, S., 66. 1. 345. — Paris, 18 août 1876, D., 78. 2. 78, S., 79. 2. 295. — Lyon, 27 décembre 1882, D., 83. 2. 243, S., 84. 2. 62.

(3) Guillouard, IV, 1771. — Amiens, 11 novembre 1858, D., 59. 2. 128, S., 59. 2. 316.

tions ou mentions (1). Ainsi celui qui a été subrogé à la créance de la dot sera colloqué par préférence à celui qui a été subrogé à la créance née de l'aliénation d'un propre, alors même que la convention dont il est bénéficiaire serait postérieure en date. Cette solution est conforme à la volonté formellement exprimée par les parties. Elle n'est pas en opposition avec l'al. 2 de l'art. 9 de la loi de 1855 qui n'a prévu que le cas de subrogation dans la généralité de l'hypothèque légale, c'est-à-dire le conflit entre subrogés se prévalant du même droit et des mêmes créances.

Si plusieurs créanciers avaient été successivement subrogés dans la même créance de la femme, il serait logique d'appliquer ici la loi de 1855 et de déterminer l'ordre de préférence par la date des inscriptions ou mentions. Le conflit s'élève entre des subrogés aux mêmes droits et c'est, à notre avis, se conformer au texte de la loi et à la volonté du législateur que d'admettre cette solution.

1125. La question peut paraître plus délicate, lorsque les subrogations sont limitées à une part aliquote, mais distincte, de tous les droits de la femme, par exemple à la moitié. Nous sommes portés à penser que les divers intéressés viendront en concours et au marc le franc, soit que le conflit s'élève entre le subrogé et la femme (2), soit qu'il s'élève entre subrogés successifs (3). Ils exercent en effet le même droit, chacun pour des parts différentes. Chacun d'eux se prévaut de la même hypothèque légale, mais seulement pour une moitié, *v. g.* Ils ont donc une même cause de préférence, ils l'invoquent pour des parts distinctes; il n'y a pas à ce point de vue de conflit

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 44 *bis*, III, 5e éd. p. 782.

(2) Mourlon, *Subrog.*, p. 21 à 26 et 575; Bertauld, 166 à 168; Aubry et Rau, § 288, III, 4e éd. p. 461, 5e éd. p. 750. — *Contra* Grenier, I, 393; Troplong, I, 367; Benech, *Du nantiss. appliqué aux droits et reprises de la femme*, p. 103 s. — Comme il ne s'agit pas d'une subrogation opérée à la suite d'un paiement dans les conditions des art. 1249 s., il ne saurait être question d'appliquer ici l'art. 1252 et la maxime *Nemo contra se subrogasse censetur.*

(3) Grenier, I, 389; Mourlon, *op. cit.*, p. 575 et 576; Bertauld, 169 à 173; Aubry et Rau, § 288, III, 4e éd. p. 462, 5e éd. 750. C'est du moins ce qu'à notre avis ont dû avoir en vue ces derniers auteurs, quand ils parlent de la subrogation à une *portion déterminée* des droits de la femme.

entre eux. Ils seront donc colloqués au même titre et, en cas d'insuffisance, chacun recevra un dividende égal dans l'exemple que nous avons supposé.

On objecte en vain, dans le premier cas, que la femme, en consentant à la subrogation, a promis de ne rien faire qui pût nuire à l'efficacité de la convention et, par suite, de ne pas exercer son hypothèque légale tant que le subrogé ne serait pas désintéressé. L'objection exagère, suivant nous, les engagements pris par la femme, car elle n'a certainement pas entendu garantir la solvabilité du débiteur; elle n'a même pas garanti l'existence de l'hypothèque, puisque la subrogation est destituée de toute efficacité si, liquidation faite de ses droits, elle n'est pas créancière de son mari. Du reste, elle a subrogé à une part aliquote de son hypothèque et elle ne fait rien de nature à nuire à son subrogé en exerçant la part aliquote de son hypothèque demeurée dans ses mains.

1126. Si la subrogation dans les droits de la femme n'avait eu lieu que jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, le subrogé devrait être colloqué vis-à-vis des autres subrogés au rang déterminé par la date de l'inscription ou de la mention et il aurait toujours le droit d'être préféré à la femme jusqu'à concurrence de la somme fixée. Nous prévoyons cette hypothèse pour être complets. Mais cette solution résulte des principes déjà développés. La subrogation, alors même qu'elle est générale, est toujours, par la force même des choses, limitée au montant de la créance garantie, c'est-à-dire à une somme déterminée, si les reprises de la femme sont supérieures. Il est donc inutile d'insister sur ce point.

1127. Nous avons supposé jusqu'ici que l'effet de la subrogation s'étendait à tous les immeubles du mari. Il peut en être autrement. Les parties ont la faculté de limiter expressément ou tacitement l'effet de leur convention à certains immeubles déterminés [1]. Chacun des subrogés successifs est subrogé à l'hypothèque légale, mais en tant seulement qu'elle frappe tel immeuble individuellement désigné et chacun

[1] Agen, 19 janv. 1898, D., 00. 2. 281 (*Note* de M. Cézar-Bru).

d'eux a pour gage un immeuble différent. L'hypothèse se réalisera notamment, toutes les fois que la subrogation sera le résultat des engagements contractés envers des créanciers différents par la femme conjointement et solidairement avec son mari par des actes séparés, dans lesquels il est constitué des hypothèques conventionnelles, si celles-ci affectent des immeubles distincts.

Dans quel ordre ces subrogés seront-ils colloqués?

On peut tout d'abord se demander si la question est susceptible de se présenter dans la pratique. Au premier abord, on est porté vers la négative. L'ordre est la distribution du prix d'un immeuble entre les créanciers privilégiés et hypothécaires suivant leur rang. Pour qu'il s'élève un conflit entre eux, il faut donc qu'ils aient un privilège ou une hypothèque sur le même immeuble. Or, dans l'hypothèse que nous avons supposée, les créanciers sont subrogés à l'hypothèque légale sur des immeubles différents. Par conséquent, il n'y a pas de conflit entre eux et il n'y a pas lieu de chercher à fixer un ordre de préférence [1].

L'objection ne nous paraît pas exacte; car s'il n'y a pas conflit quant au bien sur lequel s'exerce l'hypothèque, il y a conflit quant au droit exercé. L'efficacité de l'hypothèque légale dépend du chiffre de la créance de la femme contre son mari. Les créanciers subrogés à des dates différentes ont tous acquis le droit de se prévaloir de l'hypothèque légale, jusqu'à concurrence de leur créance dans la mesure des reprises de la subrogeante; celui d'entre eux qui exercera ce droit le premier entamera le droit de la femme et lui fera perdre, jusqu'à concurrence du montant de sa collocation, tout au moins le bénéfice du rang qui lui appartenait. Il est donc important de déterminer l'ordre dans lequel chacun sera admis à invoquer la cause de préférence qui lui a été transmise.

1128. Il nous paraît impossible d'en abandonner la fixation au hasard et de la faire dépendre soit de la réalisation plus ou moins prompte des biens grevés, soit de la date des

[1] Cpr. Dalmbert, 2e éd. p. 363 et 364, n. 20.

ordres ouverts pour la distribution des prix. Ce serait injuste : il pourrait arriver que le dernier subrogé reçût le premier satisfaction. Si le prix de l'immeuble à lui affecté était distribué le premier et si sa créance absorbait la totalité des reprises de la femme, les subrogés antérieurs seraient privés de tout droit ou tout au moins ne pourraient être colloqués qu'à un rang inférieur ; ils seraient exposés à ne pas venir en ordre utile et à être privés du bénéfice de la subrogation, sur la foi de laquelle ils avaient consenti à traiter.

C'est pourquoi nous serions disposés à appliquer à notre hypothèse l'art. 9 de la loi de 1855 et à décider que le rang de ces subrogés se déterminera par la date des inscriptions prises à leur profit ou des mentions faites en marge des inscriptions préexistantes.

Le texte vient à l'appui de cette solution. Il y a conflit entre des subrogés successifs à l'hypothèque légale. Les dates des inscriptions ou des mentions déterminent l'ordre dans lequel chacun est admis à exercer les droits hypothécaires de la femme. Le législateur a peut-être prévu seulement le cas d'une subrogation générale et non celui d'une subrogation limitée à certains immeubles. Mais le texte est absolu et il embrasse dans ses termes même notre hypothèse.

Cette solution n'est d'ailleurs qu'une application des principes. La femme, qui a consenti une subrogation à son hypothèque légale, ne peut pas, par un acte ultérieur de sa volonté, en faisant de nouvelles subrogations, porter atteinte aux droits qu'elle a concédés. Il importe peu que la subrogation postérieure se réfère à un immeuble différent. La femme avait subrogé le premier cessionnaire à son hypothèque légale, quoique sur un immeuble déterminé. L'effet de cette subrogation est ainsi limité, d'une part par la valeur de cet immeuble, d'autre part par le montant des reprises de la femme. Il y aurait une atteinte à ses droits, si on ne reconnaissait pas au subrogé un droit de préférence à l'encontre des subrogés postérieurs sur d'autres immeubles. Ces derniers ne sauraient être admis à exercer l'hypothèque légale que si la femme reste créancière après que le premier subrogé a fait valoir ses droits.

Pour le même motif, cette solution satisfait l'équité. La première subrogation, publiée conformément à la loi, inscrite ou mentionnée la première, produira les effets qu'elle devait avoir dans l'intention des parties.

Enfin la loi du 13 février 1889, dans son al. 5 formant l'al. 7 de l'art. 9 de la loi de 1855, fournit peut-être un nouvel argument en faveur de cette opinion. Elle suppose, d'après une théorie que nous exposerons [1], un acquéreur subrogé sur l'immeuble vendu au droit de préférence qui a survécu au profit de la femme à l'extinction du droit de suite, en conflit avec des subrogés à l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari. C'est précisément notre hypothèse, sauf une légère différence. Dans la loi de 1889, l'acquéreur subrogé au droit de préférence est en conflit avec des subrogés postérieurs à l'hypothèque légale. Ici au contraire le conflit s'élève entre plusieurs subrogés successifs à l'hypothèque légale. Mais cette différence ne paraît pas avoir d'importance. Or la loi de 1889 décide que l'acquéreur subrogé au droit de préférence est obligé de publier sa subrogation conformément à l'al. 1 de l'art. 9 de la loi de 1855, s'il veut l'opposer aux autres subrogés dans l'hypothèque légale. Ne faut-il pas en conclure que l'ordre de préférence entre ces personnes se détermine par la date à laquelle ont été remplies ces formalités de publicité ? N'est-il pas logique de voir dans cette disposition une application du principe de l'art. 9 de la loi de 1855 ? Notre solution se trouverait justifiée par ce nouvel argument [2].

Mais le subrogé ne jouit de cette cause de préférence que sur l'immeuble déterminé, sur lequel la subrogation lui a été consentie. Si le prix de cet immeuble ne suffisait pas pour le couvrir, il ne pourrait pas invoquer la subrogation sur d'autres immeubles, en supposant que les créances de la femme ne fussent pas épuisées.

1129. Il importerait peu, dans ce cas, que la femme fût personnellement obligée envers le créancier subrogé ou en-

[1] *Infra*, II, 1165 s.

[2] L. et A. Mérignhac, 110-111. — Req., 11 juil. 1894, D., 96. 1. 113 (*Note* de M. de Loynes), S., 99. 1. 353 (*Note* de M. Blondel). — *Contra* Tissier, *Rev. crit.*, 1900, *Nouv. sér.*, XXIX, p. 595 s.

vers les subrogés successifs. L'obligation personnelle, par elle contractée, aurait bien pour effet d'engager l'universalité de son patrimoine. Mais elle ne saurait donner naissance à une cause de préférence ; celle-ci ne peut résulter que d'une subrogation. Nous avons supposé que la subrogation ne s'appliquait qu'à un immeuble déterminé. L'effet en est limité à cet immeuble. Pour le surplus, le subrogé se trouve dans la même situation que tous les autres créanciers de la femme. Il a les mêmes droits ; il ne saurait en prétendre de plus étendus [1].

1130. Notre solution se heurte cependant à une difficulté pratique considérable, lorsque le montant des créances de la femme ne suffit pas pour assurer le paiement des divers subrogés. Ceux-là seuls sont appelés à l'ordre qui sont inscrits sur l'immeuble dont le prix est en distribution. Or les subrogés dont nous parlons sont subrogés sur des immeubles différents. Ils ne figureront pas au même ordre. Qu'en conclure ? Que l'exercice, par les subrogés postérieurs, de l'hypothèque légale ne peut pas nuire au premier subrogé, que celui-ci conserve l'intégralité de ses droits, qu'il peut demander à être colloqué, comme si les reprises de la femme étaient entières [2].

Mais alors l'exercice de l'hypothèque légale par le subrogé postérieur aura nui aux créanciers hypothécaires, peut-être même aux créanciers chirographaires du mari.

Il faut prévenir cette éventualité. Dans ce but, on pourrait être tenté d'imposer à celui qui se présente pour exercer le droit hypothécaire de la femme l'obligation non seulement d'établir l'existence de la subrogation, l'existence et la quotité des créances de la femme, mais encore de prouver que les droits de celle-ci ne sont pas épuisés par des subrogations antérieures sur d'autres immeubles. Nous n'irions pas cependant jusque là, mais nous reconnaîtrions aux autres créanciers du mari le droit d'administrer cette preuve à l'effet soit d'écarter le subrogé, soit tout au moins de le réduire à une collocation simplement éventuelle.

(1) Bertauld, 174 s. ; Aubry et Rau, § 288, texte et note 22, III, 4e éd. p. 462, 5e éd. p. 750 ; L. et A. Mérignhac, 101.

(2) V. Req., 11 juill. 1894, D., 96. 1. 113 (*Note* de M. de Loynes), S., 99. 1. 353 (*Note* de M. Blondel).

1131. Il nous faut maintenant rechercher l'influence que l'exercice de la subrogation peut avoir sur le droit de la femme. Elle varie suivant les circonstances. Tantôt le droit hypothécaire de la femme sera éteint dans la mesure où la subrogation aura été invoquée ; tantôt, au contraire, les reprises de la femme demeureront intactes. Il est assez facile de poser une règle. La femme, qui subroge un tiers dans son hypothèque légale, lui transfère la sûreté qui lui appartenait, telle qu'elle lui appartenait. Si le subrogé exerce l'hypothèque, c'est du droit de la femme qu'il s'est prévalu. La femme doit donc se trouver, à ce point de vue, dans la même situation que si elle l'avait exercé elle-même. L'intervention et l'action du subrogé ne peuvent nuire ni au mari, ni à ses créanciers hypothécaires, ni aux tiers acquéreurs de ses biens (1). A l'aide de ce principe, on déterminera les conséquences de l'exercice, par les subrogés, de l'hypothèque légale. Il est du reste nécessaire de distinguer.

1132. En premier lieu, si le subrogé n'était pas créancier du mari, mais de la femme seule, l'exercice qu'il fera de la subrogation entamera le droit hypothécaire de la femme et diminuera jusqu'à concurrence des sommes par lui touchées, le montant des créances de celle-ci.

La collocation, qu'il obtient par la subrogation sur le prix d'immeubles du mari, réduira d'autant le chiffre des créances de la femme. Elle profite à celle-ci qui se trouve libérée envers son créancier ; en libérant sa femme vis-à-vis de son créancier, le mari s'est en même temps libéré envers elle (2).

1133. Il semblerait juste que le mari ne pût pas valablement se libérer par un paiement fait entre les mains de la femme ou de ses héritiers, au préjudice du subrogé. Cette solution se justifierait par les principes généraux, lorsque la subrogation a été consentie avec l'autorisation du mari. On peut en effet soutenir que, par son autorisation, celui-ci a participé à l'acte et qu'il a promis de ne rien faire qui fût de

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 475, 5e éd. p. 782.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 45, III, 4e éd. p. 475, 5e éd. p. 782 ; L. et A. Mérignhac, 137 ; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XII ; Huc, XIII, 302 ; Guillouard, IV, 1787 ; Beudant, II, 830 ; Planiol, II, 3496.

nature à nuire aux droits que le subrogé tient de la convention [1].

Si au contraire la subrogation a eu lieu à l'insu du mari, si, par exemple, elle émane des héritiers de la femme prédécédée, il a été décidé qu'il en était autrement et que le paiement fait de bonne foi aux héritiers de la femme serait libératoire [2]. On peut dire qu'il est fait au possesseur de la créance, que, si l'inscription requise par le subrogé le saisit de l'hypothèque à l'égard des tiers, le mari n'est pas un tiers dans le sens que la loi de 1855 attache à cette expression; que cette inscription, qui peut être prise à l'insu du mari, ne le constitue pas de mauvaise foi, que l'opération peut être en réalité une cession de créance [3], que, dans ce cas et même lorsqu'il s'agit d'une véritable subrogation, l'inscription de l'hypothèque légale requise par les subrogés ne saurait équivaloir ni à une signification ni à une saisie-arrêt, qu'il appartient, dans tous les cas, aux subrogés d'avertir le mari, que, faute par eux de l'avoir prévenu, les paiements qu'il fait leur sont opposables et que, éteignant au moins pour partie la créance de la femme, ils enlèvent dans la même mesure à ses subrogés le droit d'exercer l'hypothèque légale.

1134. Mais le plus ordinairement la subrogation a lieu au profit d'un créancier du mari. Pour déterminer les effets de l'exercice du droit à l'égard de la femme, il faut alors rechercher s'il s'agit d'un créancier chirographaire ou d'un créancier hypothécaire et, dans ce dernier cas, tenir compte de l'étendue de l'hypothèque ainsi que des circonstances de la collocation.

Si le subrogé n'est que créancier chirographaire du mari, ou s'il n'a pas d'hypothèque sur les immeubles dont le prix est en distribution [4], il aurait dû venir au marc le franc avec les autres créanciers chirographaires. Pour obtenir une col-

(1) Huc, XIII, 302.

(2) Toulouse, 24 (ou 29) fév. 1892, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 533, S., 93. 2. 105. — Huc, XIII, 302.

(3) *Supra*, II, 1077-1078.

(4) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 49, III, 4e éd. p. 476, 5e éd. p. 783; L. et A. Mérignhac, 137; Guillouard, IV, 1787; Huc, XIII, 302; Planiol, II, 3496.

location par préférence, il a besoin d'invoquer la subrogation et d'exercer le droit hypothécaire de la femme ; en l'exerçant, il l'épuise dans la même mesure ; car la subrogation ne saurait nuire ni au mari, ni à ses créanciers hypothécaires, ni aux tiers acquéreurs de ses biens ; elle leur nuirait cependant si, malgré cet exercice, la femme conservait l'intégralité de ses droits. Par conséquent, la femme perdra, dans la mesure de la collocation obtenue par le créancier, le bénéfice de son rang originaire (1). Par conséquent aussi, elle perdra dans la même mesure le droit de suite contre les tiers acquéreurs (2).

Le subrogé, créancier du mari, a été payé au moyen d'une valeur que la femme aurait reçue, si elle n'avait pas consenti à la subrogation. C'est comme s'il avait été payé des deniers de la femme. Celle-ci a donc un recours contre son mari ; elle a droit à une indemnité ; cette créance est garantie par une hypothèque qui prend rang à la date de la naissance de l'obligation de la femme (art. 2135), dans l'espèce à la date de la subrogation. Par conséquent, elle sera primée par les créanciers hypothécaires inscrits depuis la date de l'hypothèque exercée et avant la subrogation ; elle primera au contraire les créanciers hypothécaires inscrits depuis la subrogation. De même, cette hypothèque ne pourra pas être exercée contre les tiers acquéreurs dont les titres d'acquisition auraient été transcrits avant la subrogation ; mais elle pourra l'être contre ceux dont les titres n'auraient été transcrits que depuis (3).

1135. Reste le cas où le subrogé est un créancier hypothécaire du mari et a été colloqué sur le prix des immeubles qui lui étaient hypothéqués, ou bien encore celui où il avait

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 46, III, 4e éd. p. 476, 5e éd. p. 783; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-XII ; Thézard, 108 ; Guillouard, IV, 1788 ; Huc, XIII, 302 ; Beudant, II, 841, et p. 269, note 2 ; L. et A. Mérignhac, 139.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 47, III, 4e éd. p. 476, 5e éd. p. 783 ; Huc, XIII, 302 ; Guillouard, IV, 1788-1789 ; Beudant, II, 841 et p. 269, note 2 ; Planiol, II, 3497. — Bourges, 30 juill. 1853, D., 56. 2. 205, S., 55. 2. 586. — Req., 11 fév. 1867, D., 67. 1. 465, S., 67. 1. 101. — V. sur ce dernier arrêt, qui semble avoir admis que la créance de la femme est transmise au subrogé, la *Note* de M. Beudant dans D., *loc. cit.*

(3) V. les autorités citées note précédente.

une hypothèque générale. Grâce à la subrogation, il a été colloqué à un rang que ne lui aurait pas procuré son hypothèque. Dans cette mesure, il a exercé le droit de la femme et, en l'exerçant, il l'a épuisé. Par conséquent, la femme perdra, jusqu'à concurrence de la somme attribuée au subrogé, le rang qui lui appartenait et son droit de préférence à l'égard des créanciers hypothécaires qui, par leur hypothèque, étaient préférables à l'hypothèque du subrogé (1).

Mais la femme sera subrogée de plein droit à l'hypothèque du subrogé, au moins dans le cas où elle se sera personnellement engagée avec son mari (art. **1251-3°**) ; car elle était tenue avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, et elle l'a acquittée avec ses reprises. Le subrogé est donc payé avec une valeur qui, sans la subrogation, aurait été attribuée à la femme. Les conditions de la subrogation légale sont remplies : elle s'opèrera (2).

La femme n'aura aucun intérêt, en principe, à invoquer le bénéfice de la subrogation, lorsque l'hypothèque a été constituée par l'acte même dans lequel la cession de l'hypothèque légale a été consentie ; car l'obligation qu'elle a contractée dans l'intérêt de son mari a donné naissance à un recours éventuel garanti par l'hypothèque légale à la date de l'engagement ; et, comme l'hypothèque légale est dispensée d'inscription, elle confèrera à la femme un rang plus avantageux que l'hypothèque conventionnelle du créancier.

Si, au contraire, la subrogation dans l'hypothèque légale a été consentie par un acte postérieur à l'acte constitutif de l'hypothèque conventionnelle, la femme aurait intérêt à invoquer cette dernière pour être préférée aux créanciers hypothécaires inscrits dans l'intervalle de temps qui sépare ces deux actes.

(1) Gauthier, *Subrog.*, 587 et 588 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 50, III, 4e éd. p. 476, 5e éd. p. 783-784 ; Huc, XIII, 302 ; Guillouard, IV, 1788-1789 ; L. et A. Mérignhac, 138 ; Planiol, II, 3496. — *Contra* Bertauld, 129 s.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 53, III, 4e éd. p. 476-477, 5e éd. p. 785 ; Gauthier, *Subrog.*, 587-588 ; Thézard, 108 ; Huc, XIII, 302 ; L. et A. Mérignhac, 138 ; Beudant, II, 841 ; Planiol, II, 3497. — Cpr. cep. Guillouard, IV, 1790. — Amiens, 12 mars 1842 et sur pourvoi Req., 30 décembre 1844, D., 45. 1. 72, S., 45. 1. 367. — Lyon, 4 août 1853, et 11 août 1855, D., 57. 2. 127, S., 55. 2. 30 et 687. — Cpr. Laurent, XVIII, 105.

1136. Le droit de suite qui appartenait à la femme subira, au moins dans certains cas, le contre-coup de la subrogation, lorsque le subrogé est créancier hypothécaire du mari. Il y a en effet des distinctions à faire.

Si le subrogé a été colloqué sur le prix d'immeubles demeurés en la possession du mari, il semble naturel d'admettre que la femme conserve intégralement son droit de suite contre les tiers acquéreurs (1).

Cette solution est parfaitement exacte, si les immeubles aliénés étaient grevés de l'hypothèque du subrogé ou s'ils n'ont été aliénés qu'après la subrogration. Dans ce cas, la femme a le droit d'agir contre les tiers détenteurs soit parce qu'elle a succédé à l'hypothèque du subrogé, soit parce que son hypothèque légale grève le bien aliéné (2).

Mais en sera-t-il de même si la subrogation est postérieure à la transcription de l'aliénation ? Nous sommes portés à répondre négativement. A quel titre la femme agirait-elle contre le tiers détenteur ? En vertu de son hypothèque légale originaire ? Mais elle a été exercée sur d'autres immeubles par le subrogé et nous supposons qu'elle a été exercée pour le tout. Elle est donc éteinte et la femme ne peut plus l'invoquer de ce chef. La femme veut-elle agir en vertu de l'hypothèque légale qui garantit la créance née de la subrogation ? Mais à ce moment l'aliénation était consommée, elle était devenue opposable aux tiers et l'hypothèque n'a pas pu saisir l'immeuble. S'il en était autrement, la subrogation nuirait au tiers détenteur (3).

1136 I. La même considération nous donne également la règle à suivre, lorsque le subrogé a exercé la subrogation contre un tiers détenteur d'un immeuble sur lequel il avait lui-même une hypothèque. En supposant que le prix de l'immeuble soit complètement absorbé par le subrogé, la femme conservera le droit d'agir contre les tiers détenteurs d'autres immeubles aliénés par le mari, pourvu toutefois qu'à raison

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 477, 5e éd. p. 784. — Paris, 27 mai 1848, S., 48. 2. 128, S., 49. 2. 283.

(2) L. et A. Mérignhac, 153.

(3) L. et A. Mérignhac, 153.

de sa date cette hypothèque les grève. Mais elle ne pourra les poursuivre que déduction faite de la somme pour laquelle ils auraient eu un recours à exercer contre le détenteur de l'immeuble sur lequel le subrogé a obtenu collocation. S'il en était autrement, la subrogation leur causerait préjudice. Il faudra donc tenir compte ici des règles relatives à la subrogation personnelle. Nous n'avons pas à les exposer (1).

1136 II. Si enfin le subrogé a été colloqué sur le prix d'un immeuble qui ne lui était pas affecté en vertu de son hypothèque personnelle et qui a été aliéné par le mari, il n'a pu obtenir cette collocation qu'en invoquant l'hypothèque légale de la femme; il l'a donc exercée, et, dans la mesure où il a été payé par le tiers détenteur, la femme a perdu le droit de suite contre ce dernier (2).

2. *Effets de la renonciation à l'hypothèque légale en faveur de l'acquéreur.*

1° Avant la loi du 13 février 1889.

1137. On connaît déjà la très grave controverse qui s'agitait en cette matière. Les uns soutenaient que cette renonciation est purement extinctive, qu'elle a pour but unique de mettre l'acquéreur à l'abri de l'exercice de l'hypothèque légale et du droit de suite qui y est attaché, mais qu'en aucun cas elle n'est investitive, et que l'acquéreur ne peut jamais l'invoquer à son profit. Pour produire un pareil résultat, il aurait fallu une manifestation de volonté plus énergique, une subrogation expresse, faite et publiée dans les conditions déterminées par l'art. 9 de la loi de 1855 (3).

D'autres auteurs soutenaient, au contraire, que cette renonciation a pour but de sauvegarder les intérêts de l'acquéreur, que telle a été la volonté des parties et que, par suite, les effets de la convention doivent dépendre des circonstances. S'il suffit, pour la sécurité de l'acquéreur, que la femme s'abstienne d'exercer son hypothèque légale, la renonciation sera simplement abdicative; mais s'il est nécessaire, pour mettre

(1) Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 52, III, 4e éd. p. 475, 5e éd. p. 784.
(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 477, 5e éd. p. 784-785.
(3) Pont, I, 484 et 488; Mérignhac, 1re éd. 137 s.

l'acheteur à l'abri de toute perte, qu'il soit investi de l'hypothèque légale, la renonciation sera translative. C'est ce qui se présente, lorsque l'immeuble est grevé d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme. L'acquéreur qui a payé son prix est exposé, si les autres créanciers exercent leurs droits, à perdre la chose et le prix ; l'investiture, que lui donne la renonciation translative, le protège contre ce péril. S'il court encore le risque de perdre la chose, il aura du moins, au moyen de l'hypothèque légale de la femme, la ressource éventuelle d'obtenir le remboursement de la somme par lui payée et d'obtenir ainsi une collocation par préférence sur le prix de la revente de l'immeuble (1).

1138. Dans l'une et l'autre opinion, et la jurisprudence acceptait cette solution, la renonciation de la femme entraîne l'extinction du droit de suite, et, en aucun cas, celle-ci ne peut poursuivre contre l'acquéreur l'expropriation forcée de l'immeuble. Elle abdique ce droit en lui promettant, par sa renonciation, de ne pas le troubler.

1139. Il était aussi généralement admis que la femme conserve, sur le prix encore dû par l'acheteur, un droit de préférence contre les créanciers inscrits après elle et doit être colloquée avant eux dans l'ordre. La renonciation de la femme n'a eu lieu qu'en faveur de l'acquéreur ; à l'encontre de tous autres, elle peut invoquer ses droits ; ces tiers ne peuvent pas se prévaloir de la convention, qui est à leur égard *res inter alios acta* (2).

(1) Mourlon, *Subrog. pers.*, p. 609 ; Bertauld, 140 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et notes 29 et 30, III, 4e éd. p. 471 s. ; Garnier, *Subrog. à l'hyp. lég.*, 230 ; Le Baron, *Etude sur l'hyp. lég. de la femme mariée*, 574 ; Didier, *Etude sur la loi du 12 fév. 1889*, p. 6 s. ; Guillouard, IV, 1772. — Civ. cass., 14 janv. 1817, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1003, S., 17. 1. 146.

(2) Pont, I, 485 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 464 ; L. et A. Mérignhac, p. 311, note 2 ; Thézard, 113 ; Guillouard, IV, 1737, 1739. — Civ. cass., 20 août 1816, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1002, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V. 1. 232. — Civ. cass., 14 janv. 1817, *J. G.*, eod. v°, 1003, S., 17. 1. 146. — Amiens, 19 déc. 1846, D., 47. 2. 97, S., 47. 2. 193. — Lyon, 15 mai 1847, S., 48. 2. 230. — Req., 21 fév. 1849, D., 49. 1. 157, S., 49. 1. 643. — Angers, 27 mai 1864, D., 64. 2. 152. — Agen, 14 mars 1866, D., 67. 2. 129, S., 67. 2. 55. — Paris, 10 fév. 1873, D., 74. 2. 133. — Dijon, 17 nov. 1876, D., 78. 2. 57, S., 77. 2. 261. — *Contra* Lyon, 31 juill. 1839 (sous Req., 24 déc. 1873), D., 74. 1. 147. — Cpr. Mourlon, *Transcr.*, II, 856 s.

1140. Mais une discussion très vive s'élevait sur la question de savoir si le mari peut disposer librement du prix de l'immeuble. Les uns lui reconnaissent ce droit et l'autorisent soit à recevoir le paiement, soit à céder sa créance. La renonciation de la femme a éteint l'hypothèque ; le mari recouvre la libre disposition du prix de l'immeuble. Le droit de préférence, qui survit au profit de la femme, est susceptible de s'exercer tant que les choses sont entières, tant que l'acquéreur demeure débiteur du prix. Mais il disparaît, dès que cette créance a fait l'objet d'une cession ou d'une délégation [1].

Dans un autre système, on refuse au mari le droit de disposer de cette créance sans le concours et le consentement de la femme. On interprète la renonciation de la manière la plus étroite. On n'y voit qu'une abdication au profit du tiers acquéreur, une simple promesse d'abstention ; mais l'hypothèque n'est pas éteinte ; à l'égard de tous autres, à l'égard des créanciers du mari ou de ses cessionnaires la femme conserve ses droits et peut réclamer une collocation par préférence [2].

Quoi qu'il en soit du mérite de ces opinions, la question ne présente plus qu'un intérêt rétrospectif. C'est pourquoi il nous paraît superflu de la discuter. La loi du 13 février 1889, dont nous allons exposer l'économie, a mis un terme à cette controverse et consacré la doctrine que nous avons rapportée en dernier lieu.

2° Loi du 13 février 1889.

1141. La renonciation, soit expresse, soit tacite, au profit de l'acquéreur, a pour effet d'éteindre le droit de suite, mais elle laisse subsister le droit de préférence sur le prix. C'est ce qui résulte des al. 1 et 4 de la loi nouvelle formant les al. 3 et 6 du nouvel art. 9 de la loi de 1855. Al. 1 : « La renonciation » par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acqué- » reur d'immeubles grevés de cette hypothèque *en emporte*

[1] Pont, I, 485; Mérignhac, 1re éd., 145. — Amiens, 3 mars 1853, D., 54. 5. 427. — Metz, 31 déc. 1867, D., 68. 2. 145, S., 69. 2. 5.

[2] Bertauld, 49; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 4e éd. p. 464; Guillouard, IV, 1737. — Amiens, 16 fév. 1854, D., 54. 2. 148, S., 54. 2. 260. — Agen, 21 mars 1866, D., 67. 2. 129. — Dijon, 19 nov. 1876, D., 78. 2. 57, S., 77. 2. 261. — Cpr. Civ. rej., 6 nov. 1855, D., 55. 1. 449, S., 56. 1. 235. — Req., 12 fév. 1868, D., 68. 1. 346, S., 68. 1. 289.

» *extinction et vaut purge* ». Al. 4 : « Toutefois la femme con-
» serve son droit de préférence sur le prix ».

Un auteur a cependant contesté qu'il y eût réellement extinction du droit de suite ; suivant lui, « la renonciation au » profit de l'acquéreur a pour effet non d'éteindre le droit de » suite, mais de détacher l'hypothèque légale de l'immeuble » qu'elle affranchit et de la reporter sur le prix qui, par une » fiction légale, devient, au respect de la femme, la repré- » sentation de l'immeuble » (1).

Mais cette interprétation ne se concilie ni avec le texte de la loi qui nous parle de l'extinction de l'hypothèque, c'est-à-dire du droit de suite, puisque la femme conserve son droit de préférence, ni avec la volonté du législateur, que le rapporteur du sénat a exprimée dans les termes suivants (2) : « Vous » savez que l'hypothèque donne un double droit, le droit de » suite et le droit de préférence. Le droit de suite, la femme » l'abandonne incontestablement au profit de l'acquéreur » envers lequel elle s'est obligée, mais elle conserve et elle » doit conserver, malgré la purge qui résulte de la renoncia- » tion, le droit de préférence sur le prix » (3).

Les parties pourraient déroger à cette règle et imprimer à leur convention le caractère d'une véritable subrogation translative (4).

1142. Pour exprimer cette pensée, les auteurs de la loi de 1889 ont rapproché une double formule qu'il importe de bien comprendre. La renonciation de la femme *emporte extinction de l'hypothèque et vaut purge*. Des termes de la loi, il ne faudrait pas conclure que la femme est dans la même situation que si, sur la procédure de la purge, elle avait pris inscription dans les deux mois de l'art. 2194. Dans ce dernier cas, l'hypothèque n'est pas encore éteinte ; elle continue de grever l'immeuble non seulement jusqu'à la clôture de l'ordre, mais

(1) Dalmbert, 2e éd. p. 354, n. 12.

(2) Séance du 6 fév. 1888, Sénat, *Débats parlem.*, 1888, p. 109.

(3) Escorbiac, *op. cit.*, p. 128 ; Didier, *op. cit.*, p. 32 ; Emion et Herselin, *op. cit.*, 24 ; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 99 et 100 ; Wable, *op. cit.*, 106 s. ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 785 ; L. et A. Mérignhac, 212.

(4) Beudant, II, 852, 856.

encore jusqu'au paiement effectif ou jusqu'à la consignation. Si la femme ne reçoit pas paiement de son bordereau de collocation, elle pourra, en vertu de son hypothèque, poursuivre la revente de l'immeuble, par voie de folle enchère ou d'expropriation forcée suivant les cas, non seulement contre l'acquéreur, mais encore contre un sous-acquéreur, pourvu qu'elle n'ait pas laissé périmer son inscription et l'ait renouvelée en temps utile. La purge, par elle-même et par elle seule, n'éteint donc pas l'hypothèque. Le droit de suite continue de subsister; il en est de même du droit de préférence, que la femme fera valoir en demandant sa collocation sur le prix de la nouvelle adjudication.

Tout autre est la situation dans notre hypothèse. La femme, qui a renoncé à son hypothèque légale en faveur d'un acquéreur, a perdu son droit de suite. Elle ne peut plus dorénavant se prévaloir de son hypothèque à l'égard de l'acquéreur ou de ses ayants cause. Elle ne peut plus agir contre l'immeuble; elle ne peut procéder ni par sommation de payer ou de délaisser, ni par voie de surenchère; elle n'a qu'une action personnelle contre l'acquéreur. Si celui-ci est insolvable, elle est obligée, pour agir contre l'immeuble, de recourir à l'art. **1166**; elle peut alors, du chef de son mari, exercer soit le privilège du vendeur, soit l'action résolutoire, si ces droits ont été régulièrement conservés [1].

1143. Cet effet de la renonciation se produit *inter partes* immédiatement, dès que la convention a reçu sa perfection et que le consentement a été donné dans les formes déterminées par la loi. A partir de ce moment, l'acquéreur est à l'abri des poursuites de la femme; il n'a à redouter ni une surenchère, ni une sommation de payer ou de délaisser [2].

Au contraire, la renonciation ne devient opposable aux tiers que par la transcription de l'acte d'aliénation, si elle y est contenue, ou par sa mention en marge de la transcription, si

[1] Dalmbert, p. 356, n. 13; Wable, *op. cit.*, 121; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, texte et note 56, 5e éd. p. 785; Guillouard, IV, 1826; Huc, XIII, 303; Beudant, II, p. 275, note 1; L. et A. Mérignhac, 208.

[2] Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 130; Guillouard, IV, 1820x; Huc, XIII, 303; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 785; L. et A. Mérignhac, 208.

elle est consentie par un acte postérieur. Par conséquent, les subrogés à l'hypothèque légale, que leur subrogation soit antérieure ou postérieure à la renonciation, conservent jusque-là le droit de requérir inscription de l'hypothèque légale à leur profit ou mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Nous l'avons déjà dit [1], la publicité de la renonciation n'est pas une condition requise pour la perfection de la convention ; elle n'est exigée que pour la rendre opposable aux tiers et ainsi se trouve justifiée la différence que nous établissons entre la femme et les subrogés à son hypothèque légale [2].

1144. Du moment où l'immeuble est, par l'effet de la renonciation, affranchi de l'hypothèque légale, l'acquéreur a le droit de demander la radiation de l'inscription qui en aurait été prise au profit de la femme, soit qu'elle ait été requise par celle-ci, soit qu'elle l'ait été par un tiers au nom de la femme. Mais, d'une part, cette radiation ne peut avoir lieu qu'en tant que l'inscription frappe l'immeuble aliéné, et elle ne peut être opérée que si l'inscription a été faite dans l'intérêt exclusif de la femme ; si elle profitait à d'autres personnes, notamment à des tiers subrogés dans l'hypothèque légale, il est évident que la radiation ne pourrait avoir lieu sans le consentement des intéressés. Ainsi donc la radiation de l'inscription prise dans l'intérêt exclusif de la femme peut être exigée en vertu de la renonciation. La publicité n'est pas requise pour la conservation du droit de préférence. Cette solution, contestée avant la loi du 13 février 1889 [3], nous paraît certaine aujourd'hui. En tout cas la femme serait obligée de donner mainlevée sous la réserve de son droit de préférence

(1) *Supra*, II, 1103.

(2) Wable, *op. cit.*, 108; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 130; Huc, XIII, 303; L. et A. Mérignhac, 210; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 785-786. — *Contra* Dalmbert, p. 355, n. 12.

(3) Amiens, 3 mars 1853, D., 54. 5. 427. — Civ. cass., 26 août 1862, D., 62. 1. 344, S., 62. 1. 920. — Dijon, 4 août 1880, D., 80. 2. 241, S., 80. 2. 323. — V. cep. *Contra* Amiens, 19 déc. 1846, D., 47. 2. 97, S., 47. 2. 193. — Angers, 27 mai 1864, D., 64. 2. 152. — Dijon, 17 nov. 1876, D., 78. 2. 57, S., 77. 2. 261.

et le conservateur des hypothèques devrait opérer la radiation dans ces conditions [1].

La seule question est de savoir si le conservateur des hypothèque peut être contraint d'opérer la radiation en vertu de la seule renonciation [2], ou s'il a le droit d'exiger une mainlevée expresse de la femme [3].

1145. Le droit de préférence survit à l'extinction du droit de suite [4]. La loi interprète la renonciation de la femme dans son sens le plus étroit, conformément aux principes. Il est possible que la femme ait voulu procurer de l'argent à son mari et qu'elle ait entendu abdiquer d'une manière complète tous ses droits. Il est possible qu'elle ait voulu seulement donner pleine sécurité à l'acquéreur, le mettre à l'abri d'une poursuite hypothécaire du chef de l'hypothèque légale, le placer dans une situation analogue à celle que lui créerait la purge dite légale, tout en le dispensant de l'accomplissement des formalités de cette procédure. Dans le doute la loi se prononce en faveur de cette dernière interprétation. Elle est d'ailleurs conforme à l'intention probable des parties, qui ont dû vouloir que la renonciation produisît tous les effets nécessaires à la sécurité de l'acquéreur, mais pas davantage. Or, ce qui importe à l'acquéreur, c'est de ne pas pouvoir être évincé par l'exercice du droit de suite. Il n'a pas d'intérêt à ce que la femme et ses ayants droit perdent en outre leur droit de préférence sur le prix. Ce droit de préférence sera donc maintenu. La femme avait intérêt à le réserver. On suppose qu'elle l'a fait [5].

Cette présomption légale est fondée sur l'interprétation de

(1) *Journ. des not.*, 1887, art. 24199, p. 133 ; *Journ. des conserv. des hyp.*, 1890, art. 4075, p. 256 ; Wable, *op. cit.*, 111 ; Guillouard, IV, 1821 ; Huc, XIII, 303 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 58, III, 5e éd. p. 786 ; L. et A. Mérignhac, 209.

(2) Wable, *op. cit.*, 111 ; Guillouard, IV, 1821.

(3) *Journ. des conserv. des hyp.*, 1890, art. 4075, p. 258 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 58, III, 5e éd. p. 786-787 ; L. et A. Mérignhac, 209.

(4) Didier, *op. cit.*, p. 32 ; Emion et Herselin, *op. cit.*, p. 25 ; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 101-103 ; Wable, *op. cit.*, 99 et 112 ; Guillouard, IV, 1822 ; Huc, XIII, 303 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 787 ; Beudant, II, 850 ; L. et A. Mérignhac, 211.

(5) Wable, *op. cit.*, 100 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 67, III, 5e éd. p. 789.

la volonté des parties ; elle cèdera devant la manifestation d'une intention contraire [1]. Cette manifestation peut être expresse ou tacite [2]. Elle résultera notamment de la renonciation, faite par un acte d'aliénation, consentie sans aucune stipulation de prix, *v. g.*, par un acte à titre gratuit, par un contrat d'échange sans soulte à la charge du tiers acquéreur, par une dation en paiement [3], ou contenue dans un acte d'aliénation portant quittance du prix [4].

1146. Cette survie du droit de préférence au droit de suite crée à la femme une situation analogue à celle qui résulte pour elle des art. 717 et 772 Pr. civ., lorsque son hypothèque légale n'a pas été inscrite au cas de vente sur saisie avant la transcription du jugement d'adjudication et en cas de purge avant l'expiration du délai de deux mois de l'art. 2194. Résolvant une question qui divisait la jurisprudence, la loi du 27 mai 1858 a décidé que le droit de préférence survivrait alors au droit de suite, mais sous la condition formelle qu'il serait exercé dans un délai assez bref. En cas d'adjudication sur saisie, la femme doit produire avant l'expiration du délai de l'art. 754 Pr. civ., si l'ordre se règle judiciairement, et avant la clôture de l'ordre, s'il s'agit d'un ordre amiable. En cas d'aliénation volontaire suivie de purge, elle n'est admise à produire dans les mêmes délais que si un ordre est ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de l'art. 2195. Les auteurs de la loi de 1889 avaient eu d'abord la pensée de se référer à ces dispositions et un texte formel renvoyait aux art. 717 et 772 Pr. civ. Mais un sénateur, M. Lacombe, fit observer qu'il était impossible, au cas de vente amiable, de renfermer l'exercice du droit de la femme

(1) Wable, *op. cit.*, 102, 129; Huc, XIII, 303; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 789; Beudant, II, p. 276, note 1; L. et A. Mérignhac, 216.

(2) Wable, *op. cit.*, 102, 129; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 108-109; Dalmbert, *App.* I, n. 18; Guillouard, IV, 1829; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et notes 68, 69, III, 5e éd. p. 789; L. et A. Mérignhac, 216. — Toulouse, 16 février 1897, *Journ. du notar.*, 97, p. 404. — V. pour la renonciation postérieure à l'acte d'aliénation, *infra*, II, 1151.

(3) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 108 s.; Wable, *op. cit.*, 101; Aubry et Rau, § 288 *bis*, note 69 *in fine*, III, 5e éd. p. 790; Beudant, II, p. 276, note 1.

(4) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 790; L. et A. Mérignhac, 216.

dans des limites aussi étroites. En conséquence le renvoi aux art. 717 et 772 fut supprimé [1].

Quoi qu'il en soit, la survie du droit de préférence ou droit de suite consacrée par la loi de 1889 présente une analogie certaine avec les hypothèses réglées par le code de Pr. civ. Toutefois il existe d'importantes différences.

D'une part, l'exercice du droit de préférence par la femme qui a renoncé à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur n'est renfermé dans aucun délai de rigueur [2] et peut avoir lieu à toute époque, tant qu'il n'est pas éteint par la prescription trentenaire [3].

D'autre part, il n'est pas nécessaire que la femme en réclame expressément le bénéfice [4] comme dans les cas prévus par les art. 717 et 772 Pr. civ. L'acquéreur ne peut faire aucun paiement au préjudice de la femme et sans le consentement de celle-ci. La femme n'a pas seulement un droit de préférence sur le prix, droit de préférence qu'elle pourrait opposer aux autres créanciers inscrits sur l'immeuble, elle a une créance contre l'acquéreur, qui ne peut pas se libérer en dehors d'elle [5].

1147. L'acquéreur ne peut donc pas sans imprudence payer son prix entre les mains du mari ou de ses ayants cause, notamment de ses cessionnaires, s'il n'a pas obtenu le consentement de la femme. La controverse qui s'était élevée à cet égard avant la loi de 1889 et que nous avons rappelée [6], ne peut plus se renouveler.

(1) Séance du 7 février 1888, Sénat, *Débats parlem.*, 1888, p. 123.

(2) Elle n'est pas obligée de provoquer l'ouverture de l'ordre dans les délais de l'art. 772 Pr. civ. Bressolles, L. 13 février 1889, p. 31 : Beudant, II, 850; Guillouard, IV, 1823.

(3) Escorbiac, *op. cit.*, p. 123; Emion et Herselin, *op. cit.*, 26; Tissier, *Rev. crit.*, 1889, *Nouv. sér.*, XVIII, p. 646; Dalmbert, Append. I, n. 14; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 110 à 115; Wable, *op. cit.*, 118 à 125; Guillouard, IV, 1823; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 788; L. et A. Mérignhac, 212. — Cpr. Paris, 10 fév. 1873, D., 74. 2. 133.

(4) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 104; Wable, *op. cit.*, 117, 133; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 788.

(5) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 104 s.; Wable, *op. cit.*, 112 s; Guillouard, IV, 1833; Huc, XIII, 303; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 62, III, 5e éd. p. 788; L. et A. Mérignhac, 213.

(6) *Supra*, II, 1140.

On a vu dans cette nouvelle règle une atteinte aux pouvoirs que le mari peut tenir du contrat de mariage si les époux ont adopté un régime de communauté, et si l'immeuble aliéné est un conquêt de cette communauté. Le mari n'aura plus la libre disposition du prix, quoique cette créance fasse partie de l'actif commun (1).

L'observation n'est peut-être pas absolument exacte. La situation du mari reste ce qu'elle aurait été si la femme n'avait pas renoncé à son hypothèque légale. Dans ce cas, les paiements faits par les tiers acquéreurs ne nuiraient pas à la femme qui, conservant ou pouvant exercer dans certaines éventualités son hypothèque légale, aurait le droit de poursuivre l'expropriation forcée de l'immeuble. Or le droit de la femme n'est pas alors considéré comme une atteinte aux pouvoirs du mari. Pourquoi en serait-il autrement dans notre hypothèse? Sans doute la femme a renoncé à son hypothèque légale, mais cette renonciation a été consentie au profit de l'acquéreur. On ne voit pas pourquoi et comment elle profiterait au mari en faveur duquel elle ne pourrait pas intervenir directement. La loi a interprété l'acte dans ce sens étroit : le droit de suite est éteint, parce qu'il s'exerce contre l'acquéreur; le droit de préférence survit, parce que son exercice n'intéresse pas l'acquéreur. Il n'est donc pas exact de prétendre que les pouvoirs du mari subissent une atteinte (2). L'art. 2195 donne d'ailleurs naissance à une situation analogue et on n'y a jamais vu une atteinte aux droits du mari.

1148. S'il existe d'autres créanciers inscrits sur l'immeuble, l'acquéreur agira sagement en provoquant l'ouverture d'un ordre. Le paiement qu'il pourrait faire entre les mains du mari ou des cessionnaires de celui-ci, même du consentement de la femme, ne lui procurera pas une sécurité complète. Sans doute, il est alors subrogé, comme nous le verrons, au droit de préférence qui appartient à la femme, mais l'efficacité de cette subrogation est subordonnée à l'existence d'une créance de reprises et dépend de son chiffre. Il est donc pos-

(1) Wable, *op. cit.*, 135; Escorbiac, *op. cit.*, p. 120, 151.

(2) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 135 s.; Tissier, *op.* et *loc. cit.*, p. 646, n. 17; de l'Epine, *Rev. du notar. et de l'enreg.*, n. 8348, p. 621; Guillouard, IV, 1834 s.

sible que la subrogation reste destituée de tout effet; l'acquéreur resterait exposé à la poursuite des autres créanciers hypothécaires, sauf son recours contre le mari. L'ordre le mettra à l'abri de ces dangers en purgeant les hypothèques qui grevaient l'immeuble (1).

Avant d'en provoquer l'ouverture, l'acquéreur devra notifier son contrat aux créanciers inscrits conformément aux art. **2183** s. Il est inutile d'adresser une semblable notification à la femme, qui ne peut pas ignorer l'existence du contrat et qui, par sa renonciation, a abdiqué le droit de surenchérir. Mais elle devra être appelée à la tentative d'ordre amiable, qui ne peut pas se régler sans son assentiment. Elle doit aussi être avertie de l'ouverture de l'ordre judiciaire. L'acquéreur devra veiller avec d'autant plus de soin à l'accomplissement de cette formalité que la femme, son hypothèque n'étant pas ordinairement inscrite ou l'inscription prise ayant pu être radiée, ne recevra pas de sommation de produire. S'il en était autrement, l'ordre ne serait pas régulier au regard de la femme et les paiements faits en conséquence ne seraient ni valables, ni libératoires (2).

La femme pourrait aussi provoquer elle-même l'ouverture de l'ordre (3).

1149. Pour conserver ce droit de préférence, la femme n'est jamais obligée, même après la dissolution du mariage, de prendre une inscription (4). La loi nouvelle ne prescrit pas cette formalité. Nous le disions tout à l'heure, la femme se trouve dans une situation analogue à celle d'un créancier hypothécaire après la purge; or dans ce cas le créancier conserve pendant trente ans son droit de préférence sur le prix, sans avoir d'inscription à prendre, ni à renouveler. La nécessité de l'inscription ne s'applique qu'à l'hypothèque telle

(1) Escorbiac, *op. cit.*, p. 136; Wable, *op. cit.*, 139; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 64, III, 5e éd. p. 789; L. et A. Mérignhac, 214.

(2) Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 789; L. et A. Mérignhac, 214.

(3) Dalmbert, p. 256 s., n. 14 s.; Wable, *op. cit.*, 120; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 789; L. et A. Mérignhac, 214.

(4) Escorbiac, *op. cit.*, p. 122; Tissier, *op. et loc. cit.*, p. 647-648; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 116 à 119; Wable, *op. cit.*, 125 à 128; Guillouard, IV, 1825; Huc, XIII, 303; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 789; L. et A. Mérignhac, 215.

qu'elle est définie par l'art. 2114, à l'hypothèque armée du droit de suite. Enfin, dans notre hypothèse, la dispense d'inscription se conçoit à merveille. En effet, les ayants cause de l'acquéreur auront facilement connaissance du maintien du droit de la femme sur le prix en consultant le titre de leur auteur, l'acte de vente ; cet acte leur apprendra que la femme a concouru à l'aliénation mais non au paiement du prix, et qu'elle a ainsi perdu son droit de suite sans perdre son droit de préférence sur le prix.

1150. La femme peut-elle disposer de ce droit de préférence qui a survécu à l'extinction du droit de suite ? à quelles règles en est soumise la transmission ?

Nous serions disposés à penser que ce droit de préférence est une qualité de la créance de la femme, qu'il en est inséparable, qu'il ne peut être cédé sans elle. En effet, il n'y a plus de droit réel susceptible, comme l'hypothèque, d'être transporté indépendamment de la créance garantie. La cession ne peut avoir pour objet que la créance elle-même [1].

L'opinion contraire se heurte aux plus sérieuses difficultés. La validité de la convention serait-elle assujettie à la rédaction d'un acte authentique ? La publicité serait-elle exigée pour la rendre opposable aux tiers ?

Les auteurs de la loi de 1889 n'ont pas prévu la question, parce qu'ils n'ont pas conçu la possibilité de semblables conventions. La subrogation à ce droit de préférence ne peut avoir lieu, dans leur pensée, qu'au profit de l'acquéreur et seulement dans le cas où il existe des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. Elle n'est pas alors soumise à la publicité ; tel est le principe. Il comporte exception, lorsque l'acquéreur se trouve en conflit avec des subrogés postérieurs à l'hypothèque légale de la femme *sur d'autres immeubles du mari*. Cette précision implique même, chez les auteurs de la loi, la pensée qu'une subrogation postérieure à la transcription de l'aliénation, n'approprie pas les subrogés du droit de préférence qui a survécu à la renonciation à l'hypothèque

[1] Wable, *op. cit.*, 137 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 75, III, 5e éd. p. 792 ; Guillouard, IV, 1828 ; Huc, XIII, 303. — Req., 11 juin 1894, D., 95. 1. 537, S., 98. 1. 483. — Cpr. cep. L. et A. Mérignhac, 217.

légale, et ne les autorise pas à s'opposer aux paiements que l'acquéreur ferait du consentement de la femme.

Cette conception s'harmonise avec les principes consacrés par la loi nouvelle. La femme a acquis un droit contre l'acquéreur ; le montant de sa créance sera déterminé, s'il y a lieu, par le chiffre de ses reprises et le rang de son hypothèque.

Voilà pourquoi on lui conserve son droit de préférence ; mais elle n'a plus de droit sur l'immeuble ; elle n'a plus de droit réel : on ne peut plus invoquer les règles générales ou spéciales relatives au transfert des droits réels ; il ne peut exister qu'un droit de créance, il se transmettra comme les droits de créance. Il faut, en conséquence, appliquer l'art. 1690 (1). L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 est étranger à cette hypothèse. Il a prévu le cas de subrogation à l'hypothèque légale. Dans l'opération dont nous parlons, la femme cède un droit de créance assorti d'une cause de préférence. Les formalités de l'art. 1690 sauvegardent tous les intérêts. L'acquéreur est averti qu'il ne doit pas se dessaisir des fonds en d'autres mains que celles du cessionnaire ou du moins sans son consentement. Les cessionnaires ultérieurs seront prévenus par l'acquéreur de l'existence des cessions antérieures.

1151. Revenons à l'acquéreur. La renonciation faite dans l'acte de vente par la femme à son hypothèque légale a éteint le droit de suite. Mais le droit de préférence survit. L'acquéreur ne peut pas payer son prix entre les mains du mari sans le consentement de la femme.

De quelle manière, en quelle forme ce consentement doit-il être donné? La loi ne résout pas ces questions ; elles ne manqueront pas de soulever des difficultés. La pratique les préviendra probablement, mais en multipliant les précautions et les exigences.

(1) Tissier, *Rev. crit.*, 1889, *Nouv. série*, XVIII, p. 649, n. 22 ; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 119 s.; Dalmbert, p. 359, n. 18 ; Wable, *op. cit.*, 140 s. ; Guillouard, IV, 1828, 1838 ; Huc, XIII, 303 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 77, III, 5e éd. p. 792-793 ; Surville, II, 708. — Req., 11 juin 1894, D., 95. 1. 537 (*Note* de M. de Loynes), S., 98. 1. 483. — Cpr. Riom, 3 juil. 1884 (sous Cass.), D., 88. 1. 33, S., 89. 1. 20 (*Note* de M. Chavegrin). — V. Beudant, II, p. 275, note 2. — *Contra* Didier, *op. cit.*, p. 34 ; Escorbiac, *op. cit.*, p. 127 ; L. et A. Mérignhac, 220. Rapp. 217.

Dans le silence de la loi, il semble naturel d'appliquer les principes généraux. Par conséquent, le consentement de la femme pourra être exprès ou tacite et résultera notamment, comme le prévoit la loi nouvelle, de son concours à la quittance totale ou partielle du prix délivrée par le mari [1]. Seulement, comme il s'agit de renonciation à un droit, le consentement de la femme comportera une interprétation restrictive. S'il résulte de son concours à la quittance d'une partie du prix, il ne vaudra que dans cette mesure; l'acheteur ne serait pas autorisé à verser le surplus entre les mains du mari; le paiement, qu'il ferait sans avoir obtenu un nouveau consentement de la femme, ne le libérerait pas; il resterait exposé à payer deux fois cette somme.

1152. Pour le même motif, il semble difficile d'exiger que le consentement de la femme soit constaté par un acte authentique. La loi nouvelle ne l'impose pas formellement; nous ne pouvons suppléer à son silence. Ajoutons que les lois de 1855 et de 1889 n'exigent un acte authentique que pour les subrogations et les renonciations à l'hypothèque légale. Or il ne s'agit ici ni de subrogation ni de renonciation à l'hypothèque légale, mais seulement d'un acte extinctif du droit de préférence. Il n'y a pas du reste même raison de décider : l'intervention de l'officier public est une garantie pour la femme qui renonce à son hypothèque légale; elle aurait pu ne pas lire l'acte de renonciation, ne pas en comprendre la portée, céder aux obsessions de son mari. Ici les dangers ne sont pas les mêmes; le paiement est un acte simple dont la femme saisira facilement les conséquences. L'intervention d'un officier public n'a pas la même raison d'être.

Il est cependant un cas dans lequel elle serait peut-être nécessaire, quoique la question nous paraisse extrêmement douteuse. C'est lorsque l'acheteur étant subrogé par l'effet du paiement au droit de préférence de la femme se trouvera dans la nécessité d'opposer cette subrogation à d'autres subrogés à l'hypothèque légale. Dans ce cas, la loi exige qu'il

[1] Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 141 et s.; Wable, *op. cit.*, 130; Aubry et Rau, § 288 *bis*, III, 5e éd. p. 790.

fasse inscrire la subrogation à ce droit de préférence, ainsi que nous allons l'expliquer. Elle soumet donc à ce point de vue, la subrogation translative du droit de préférence à la même publicité que la subrogation translative de l'hypothèque légale. Ne serait-il pas logique d'en conclure que la quittance, par l'effet de laquelle a lieu cette subrogation, doit être rédigée en la forme authentique? Ne faudrait-il pas aller plus loin et appliquer cette règle toutes les fois que l'acquéreur a besoin de se prévaloir contre les tiers du droit de préférence attaché à l'hypothèque légale? Nous arriverions alors à cette formule. De deux choses l'une : ou le paiement effectué par l'acheteur du consentement de la femme est purement extinctif du droit de préférence qui a survécu à l'extinction du droit de suite ; ou bien il est translatif de ce droit de préférence. Dans le premier cas, nulle formalité ne serait imposée ; dans le second, la rédaction d'un acte authentique serait indispensable, que la quittance soit donnée dans l'acte d'aliénation contenant renonciation à l'hypothèque légale et qui sera nécessairement authentique ou qu'elle soit donnée par un acte postérieur [1].

1153. Malgré la puissance de cette argumentation, nous inclinerions vers l'opinion contraire, nous serions portés à penser que la quittance peut être rédigée en la forme sous seing privé. D'une part, la loi n'exige pas un acte notarié et son silence à cet égard est très significatif. S'agit-il d'une renonciation à l'hypothèque légale, la loi ordonne de dresser un acte authentique ; elle s'en explique formellement (L. 13 février 1889 al. 2 formant l'al. 4 de l'art. 9 de la loi de 1855). Si elle avait voulu imposer cette condition pour la subrogation au droit de préférence, elle n'aurait pas manqué de le dire également. En second lieu, l'acte authentique n'est exigé que pour la subrogation ou la renonciation à l'hypothèque légale assortie de tous ses avantages, du droit de suite comme du droit de préférence. Or, nous sommes dans une situation voisine de celle qu'aurait créée la purge. « *La renonciation vaut purge* », nous dit la loi. L'hypothèque légale de la femme

[1] Escorbiac, *op. cit.*, p. 154 et 162.

n'a conservé aucun des avantages spéciaux qui y étaient attachés, *elle ne représente plus qu'un droit sur le prix* suivant les expressions que nous relevons dans l'arrêt de la chambre civile du 6 juin 1887 (1), c'est-à-dire qu'une créance contre l'acquéreur. Dès lors il n'y a pas lieu d'exiger l'observation d'une formalité qui n'est imposée que pour les subrogations à l'hypothèque légale, quoique la loi parle dans notre hypothèse de subrogation à l'hypothèque légale (L. 13 février 1889 al. 5 formant l'al. 7 de l'art. 9 L. du 23 mars 1855). En troisième lieu, l'acte authentique est exigé dans l'intérêt de la femme ; il donne la certitude que son consentement est libre, indépendant et éclairé. Il est indispensable, toutes les fois que la transmission du droit de la femme est l'objet direct et immédiat de son consentement. Il n'en est pas ainsi dans notre cas ; ce que la femme autorise, c'est le paiement. La subrogation en est la conséquence ; elle ne s'opère pas par la volonté de la femme ; elle a lieu de plein droit, en vertu de la loi, sans qu'aucune nouvelle manifestation de sa volonté soit nécessaire. Enfin la nécessité d'une quittance authentique aggraverait considérablement la critique que M. Clément adressait à la loi nouvelle (2) ; elle accroîtrait encore des frais qui pèsent déjà si lourdement sur la petite propriété. Pour admettre une pareille exigence, pour imposer la constatation par acte authentique non seulement de la renonciation à l'hypothèque légale mais encore du paiement total ou partiel du prix, il faudrait un texte précis et formel. Nous n'en avons pas. Nous ne pouvons donc pas subordonner la subrogation au droit de préférence à une pareille condition. Telle est, en définitive, la solution vers laquelle nous inclinons (3).

1154. Cette renonciation au droit de préférence, qu'elle soit expresse ou tacite et qu'elle résulte du concours de la femme à l'acte contenant quittance totale ou partielle du

(1) D., 88. 1. 33, S., 89. 1. 17.

(2) *Supra*, II, 1084.

(3) Tissier, *Rev. crit.*, 1889, *Nouv. sér.*, XVIII, p. 652, n. 22 ; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 150 s. ; Dalmbert, p. 360, n. 18 ; Wable, *op. cit.*, 131 ; Didier, *op. cit.*, p. 33 s. ; Guillouard, IV, 1830-1831, 1840 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 71, III, 6e éd. p. 790-791 ; L. et A. Mérignhac, 218 ; Surville, II, 707.

prix, n'est assujettie par la loi à aucune condition de publicité [1]. Elle est parfaite par le seul consentement de la femme et elle est opposable aux tiers, dès qu'elle est constatée par un acte ayant acquis date certaine.

La loi aurait pu exiger que ce consentement fût mentionné en marge de la transcription de l'acte d'aliénation. Elle ne l'a pas fait ; nous ne pouvons suppléer à son silence. Du reste, la solution admise par le législateur s'explique sans peine. La publicité n'a pour but que de faire connaître aux tiers la naissance, la transmission ou l'extinction des droits réels. Or, du moment où la femme n'a conservé, par l'effet de la renonciation à son hypothèque légale, qu'un droit de préférence sur le prix, il n'existe plus de droit réel affectant l'immeuble ; il ne subsiste qu'un droit de créance contre l'acquéreur et il n'y a pas de raison de publier son extinction par une mention sur le registre du conservateur. Les tiers, auxquels la femme proposerait de céder sa créance, obtiendront tous les renseignements utiles en s'adressant à l'acquéreur débiteur de la créance.

1155. Le consentement donné par la femme au paiement effectué par l'acquéreur entre les mains du mari ne saurait nuire aux autres créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. C'est ce que décide formellement l'al. 4 de la loi du 13 février 1889 : « *Sans préjudice du droit des autres créan-* » *ciers hypothécaires* ». Le rapport supplémentaire de la commission du sénat explique ce passage de la loi dans les termes suivants : « Le consentement de la femme ne pourra » porter préjudice aux droits des autres créanciers hypothé- » caires qui, dans l'ordre ouvert sur le prix, quoique partiel- » lement ou totalement payé, pourront exiger que la femme » déduise de sa production la somme représentant la portion » du prix au paiement de laquelle elle aura consenti ».

La femme qui a renoncé à son droit de préférence en consentant au paiement d'une partie du prix ne peut avoir la prétention d'être colloquée sur le surplus pour le montant

[1] Didier, *op. cit.*, p. 35. Wable, *op. cit.*, 132 ; Guillouard, IV, 1832 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 72, III, 5e éd. p. 791 ; L. et A. Mérignhac, 220.

intégral de ce qui lui est dû, au préjudice des créanciers du mari ayant hypothèque sur cet immeuble. De même que sa renonciation à l'hypothèque ne profite pas à ces derniers et que la femme conserve son droit de préférence, de même le consentement de la femme au paiement effectué par le tiers acquéreur ne saurait leur nuire. C'est pour eux *res inter alios acta*. La femme ne peut donc être colloquée avant eux pour ses reprises qu'en en déduisant la somme touchée par son mari avec son concours ou de son consentement (1).

1156. La renonciation de la femme à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur a éteint le droit de suite. Le consentement de la femme au paiement du prix emporte renonciation au droit de préférence.

La plupart du temps, cette renonciation est simplement extinctive, parce que cela suffit à la sûreté de l'acquéreur (2). Ce qui lui importe en effet, c'est que les droits résultant de l'hypothèque légale ne puissent pas être exercés contre lui, qu'ils soient éteints ; il n'a pas besoin d'être investi de ces droits, d'y être subrogé, de manière à pouvoir les exercer aux lieu et place de la femme.

Dans un cas particulier cependant, le besoin de la subrogation se fait sentir pour l'acquéreur et la loi la lui accorde par interprétation de la volonté des parties, qui sont censées avoir voulu tout ce qui est nécessaire à la sûreté de l'acquéreur (3). Cela arrive lorsqu'il existe sur l'immeuble aliéné d'autres hypothèques postérieures en rang à l'hypothèque légale de la femme. L'aliénation n'a pu porter aucune atteinte à ces hypothèques; les créanciers auxquels elles appartiennent conservent donc leur droit intact. Supposons qu'ils en usent, qu'ils saisissent l'immeuble et le fassent vendre aux enchères pour obtenir leur paiement. Sur le prix d'adjudication, l'acquéreur sera colloqué en première ligne, comme subrogé

(1) Escorbiac, *op. cit.*, p. 156 ; Didier, *op. cit.*, p. 36 ; Dalmbert, *op. cit.*, p. 361, note 45 ; Wable, *op. cit.*, 138 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 73, III, 5e éd. p. 791 ; Guillouard, IV, 1842 ; L. et A. Mérignhac, 215.

(2) Wable, *op. cit.*, 137 ; Dalmbert, *op. cit.*, p. 361, n. 19 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 74, III, 5e éd. p. 792 ; Beudant, II, 855 ; L. et A. Mérignhac, 219.

(3) Bressolles, *op. cit.*, p. 33 ; Beudant, II, 857.

au droit de préférence de la femme, jusqu'à concurrence du prix ou de la partie du prix qu'il a payée au mari avec le consentement de la femme et, s'il perd ainsi son immeuble, du moins il rentrera dans ses fonds. Le droit de préférence transmis à l'acquéreur par voie de subrogation se rattache à la créance qui lui appartient contre le mari par suite de l'éviction qu'il subit.

Remarquons que l'acquéreur n'est subrogé et ne peut être subrogé qu'au droit de préférence qui appartient à la femme et non pas à l'hypothèque légale, comme le dit le texte. L'hypothèque légale est éteinte par la renonciation de la femme, a dit le 1er al. de la loi de 1889. Plus exactement, le droit de suite est éteint ; le droit de préférence subsiste seul ; c'est uniquement dans le droit qui appartient encore à la femme que la subrogation peut avoir lieu (1).

1157. La subrogation de l'acquéreur résulte de plein droit du concours ou du consentement donné par la femme soit à l'acte d'aliénation portant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle (2). Nous avons déjà vu (3) que ce consentement, lorsqu'il est postérieur à l'acte d'aliénation, n'a pas besoin d'être constaté par un acte authentique ou de résulter d'un acte authentique. Nous déciderons également que, dans le même cas, la quittance peut être rédigée sous signature privée. Si en effet cette solution nous a paru préférable en ce qui concerne le consentement de la femme, à plus forte raison en doit-il être de même d'une quittance à laquelle la femme peut ne pas figurer et qui constate seulement un paiement effectué conformément à une volonté régulièrement manifestée (4).

Cependant si la renonciation à l'hypothèque légale n'avait pas eu lieu au moment même de l'aliénation, si elle se produisait seulement au moment du paiement et de la quittance,

(1) Dalmbert, p. 360, n. 18 ; Wable, *op. cit.*, 143 ; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 159 ; Tissier, *loc. cit.*, p. 651, n. 23 ; Huc, XIII, 303 ; Guillouard, IV, 1839.

(2) Huc, XIII, 303. — V. Beudant, II, 858, p. 282, note 1.

(3) *Supra*, II, 1152.

(4) Dalmbert, p. 362, n. 20 ; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 160 s. ; Wable, *op. cit.*, 149. — V. les auteurs cités p. 267, note 3. — *Contra* Escorbiac, *op. cit.*, p. 162 ; Didier, *op. cit.*, p. 39.

il est évident que cet acte devrait être authentique, en vertu du deuxième alinéa de la loi de 1889.

1158. Cette subrogation, opérée ainsi au profit de l'acquéreur, doit-elle être rendue publique par une inscription ou une mention en marge?

La loi de 1889 qualifie cette subrogation du nom de subrogation à l'hypothèque légale. Dès lors, il peut sembler naturel d'appliquer l'al. 1 de l'art. 9 de la loi de 1855 et de la soumettre à la publicité réglée par ce texte.

Mais la formule de la loi n'est pas d'une exactitude parfaite. L'acquéreur ne peut pas être subrogé à une hypothèque éteinte, il n'est subrogé qu'au droit de préférence.

Enfin le texte n'exige la publicité qu'à l'égard des subrogés postérieurs. Il faut donc distinguer deux hypothèses.

1159. Première hypothèse. — *L'acquéreur invoque la subrogation contre des créanciers postérieurs en rang à la femme.*

La loi n'a pas expressément prévu ce cas; il en résulte, suivant nous, qu'aucune condition de publicité n'est ici nécessaire. De même que la femme pouvait invoquer son droit de préférence sur le prix sans être obligée de faire inscrire son hypothèque, sans même le pouvoir puisqu'il ne s'agit plus d'un droit réel [1] mais seulement d'un droit de créance, de même l'acquéreur aura le droit de s'en prévaloir sans être tenu de remplir aucune condition de publicité. C'est la solution qui a été formellement indiquée dans le rapport supplémentaire de M. Merlin au Sénat : « La subrogation, dans ce cas, peut » s'accomplir de plein droit et sans aucune formalité de » publicité, le contrat intervenu entre la femme et l'acquéreur » ne modifiant pas la situation des créanciers inscrits ». Cette solution est en harmonie avec les principes, dont nous avons trouvé l'affirmation dans la jurisprudence. La femme n'avait plus qu'un droit sur le prix, qu'une créance contre l'acquéreur. Par la subrogation, elle a transmis son droit de préférence à ce dernier; il l'exerce dans les mêmes conditions que la femme. Aucune publicité ne peut lui être imposée, ni celle de l'art. 1690, puisqu'il serait à la fois cessionnaire et

[1] *Supra*, II, 1149.

débiteur cédé, ni celle de l'art. 9 de la loi de 1855 qui vise exclusivement l'hypothèque accompagnée de tous ses avantages, assortie du droit de suite en même temps que du droit de préférence [1].

1160. 2e Hypothèse. *L'acquéreur se prévaut de la subrogation alors que, depuis l'aliénation contenant renonciation et transcrite, des tiers ont été subrogés à l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari.*

L'al. 5 de la loi du 13 février 1889 *in fine* prévoyant cette hypothèse dispose : « *Mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe 1 du présent article* » (L'art. 9 de la loi de 1855 que la loi de 1889 a complété).

La loi prévoit donc le cas où l'acquéreur subrogé dans le droit de préférence qui a survécu à la renonciation se trouve en conflit avec des subrogés postérieurs, dont le droit porte sur d'autres immeubles du mari.

L'hypothèse ne se conçoit pas très facilement et il importe de reproduire les explications que renferme sur ce point le rapport supplémentaire présenté par M. Merlin au nom de la commission du sénat. On y lit : « Il est un cas, cependant, » où la condition de publicité exigée par le premier para- » graphe de l'art. 9 devra être imposée à l'acquéreur ; c'est » celui où l'hypothèque légale de la femme grève d'autres » immeubles du mari que l'immeuble vendu avec le concours » de la femme. La femme reste alors libre de traiter avec » les tiers de cette hypothèque, à laquelle elle n'a pas renoncé ; » elle peut la céder ou y subroger ; mais on comprend que » la créance que l'hypothèque générale était destinée à garan- » tir se trouve réduite de la somme représentant le prix ou » la portion du prix de l'immeuble vendu au paiement duquel » elle a consenti, et que, dès lors, elle ne peut, sans tromper

[1] Escorbiac, *op. cit.*, p. 163; Wable, *op. cit.*, 152; Dalmbert, Append. I, note 20; Didier, *op. cit.*, p. 40; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 163 et s.; Guillouard, IV, 842; Huc, XIII, 303; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 78, III, 5e éd. p. 793; Baudant, II, 858; L. et A. Mérignhac, 220.

» le tiers avec lequel elle traitera, lui céder qu'une garantie » correspondant à ce qui lui reste effectivement dû sur sa » créance. Mais comment le tiers sera-t-il averti de sa situa- » tion, si ce n'est par l'accomplissement des formalités de » publicité prescrites par le § 1er de l'art. 9 »?

Il y a dans ce passage, assez clair en lui-même, une confusion qui a échappé au rapporteur. Il importe de la dissiper. En consentant au paiement fait par l'acquéreur entre les mains du mari, la femme n'a pas diminué sa créance de reprises; elle a seulement conféré à l'acquéreur le droit de faire valoir son hypothèque à due concurrence; la femme conserve sa créance tout entière; elle a seulement perdu, pour le montant de la subrogation dont bénéficie l'acquéreur, le rang qui lui appartenait; mais, comme cet acquéreur sera en réalité désintéressé à l'aide d'une valeur qui devait normalement revenir à la femme, celle-ci acquerra à la date du paiement et de la subrogation une nouvelle créance contre son mari et cette nouvelle créance sera garantie par l'hypothèque légale à la date à laquelle elle a pris naissance, mais seulement sur les autres immeubles de son mari. Par conséquent la créance des reprises n'est pas en réalité diminuée, comme paraît le croire le rapporteur; c'est l'efficacité de la garantie ou mieux de l'hypothèque qui se trouve atteinte. Elle est atteinte parce que la femme ne peut plus agir contre l'acquéreur dans cette mesure; elle est atteinte parce qu'elle a jusqu'à due concurrence perdu le rang qui lui appartenait. Les subrogés postérieurs ne pourront l'invoquer à sa date primitive qu'en déduisant du chiffre de la créance garantie à cette date la somme pour laquelle l'acquéreur se trouve subrogé [1].

1161. Après cette rectification, nous pouvons aborder l'étude du texte. Il suppose que l'acquéreur subrogé se trouve en concours avec des subrogés postérieurs sur d'autres immeubles du mari. Cette hypothèse semble, au premier abord, irréalisable; car le conflit implique une demande en colloca-

[1] Dalmbert, Append. I, n. 20; Guillouard, IV, 1844; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 79, III, 5e éd. p. 793-794; L. et A. Mérignhac, 221.

tion sur le prix d'un même immeuble et, d'après les termes de la loi, l'acquéreur et les créanciers subrogés ont des gages différents. L'acquéreur n'est subrogé que sur l'immeuble vendu et il n'est exposé, de la part des subrogés postérieurs, ni à l'exercice du droit de suite parce que la femme y a renoncé et que cette renonciation a été rendue publique conformément à la loi, ni à l'exercice du droit de préférence parce qu'il lui a été transmis par l'effet de la subrogation résultant du paiement fait du consentement de la femme. Le législateur paraît avoir prévu une hypothèse impossible et on est tenté de penser que cette disposition est le résultat d'une confusion, que l'hypothèse est irréalisable et que la prescription légale est sans utilité parce qu'elle est dépourvue de sanction, nul ne pouvant opposer le défaut de publicité [1].

1161 I. Nous n'hésitons pas à repousser cette opinion.

D'une part, elle est en opposition formelle avec le texte de la loi. Il prescrit la publicité et cette opinion la déclare inutile.

D'autre part, elle a pour conséquence d'accroître le passif du mari. L'acquéreur conservera son prix en vertu de la subrogation, par préférence aux créanciers hypothécaires postérieurs et sans publicité, alors que l'effet de l'hypothèque légale aura été peut-être épuisé sur d'autres immeubles par des subrogés postérieurs. Cette conséquence nécessaire de la théorie [2] nous paraît en être la condamnation.

1162. Dans une deuxième opinion, on enseigne que la loi a prévu le cas où la femme, après avoir subrogé l'acquéreur dans son hypothèque légale sur l'immeuble vendu, cèderait ensuite à un tiers son hypothèque d'une manière générale, comme cela se fait ordinairement dans la pratique, ou lui cèderait spécialement cette même hypothèque tant sur l'immeuble vendu que sur d'autres immeubles. Au contraire, la disposition de la loi serait étrangère au cas où la femme

(1) Tissier, *Rev. crit.*, 1889, *Nouv. sér.*, XVIII, p. 652, n. 35; Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 163 s., et *Note* dans D., 00. 2. 283; de l'Epine, *Rev. notar.*, art. 8348, n. 134 et s.; Dalmbert, Append. I, n. 20; Planiol, II, 3839.

(2) Cézar-Bru, *Note* dans D., 00. 2. 283 *in fine*.

aurait cédé à un tiers son hypothèque d'une manière spéciale sur certains autres immenbles [1].

On fait remarquer qu'il ne peut pas, en dehors de ces hypothèses, s'élever de conflit entre l'acquéreur et les subrogés. Si leur droit s'exerce sur des immeubles différents, il ne saurait être question de préférer le premier aux derniers. Les subrogés postérieurs sur d'autres immeubles ne peuvent pas se plaindre que l'acquéreur exerce son droit de préférence sur l'immeuble vendu. Cet immeuble n'est pas affecté à leur garantie. La collocation de l'acquéreur ne peut pas leur nuire. Par conséquent, ils n'ont pas intérêt à connaître la subrogation et les formalités de publicité n'ont pas de raison d'être. Pour qu'il en soit autrement, il faut nécessairement que le droit des subrogés postérieurs affecte l'immeuble vendu, qu'ils aient été subrogés d'une manière générale dans l'hypothèque légale, ou au moins qu'ils aient été subrogés d'une manière spéciale dans l'hypothèque légale tant sur l'immeuble vendu que sur certains autres immeubles. Alors seulement il y a conflit entre eux et l'acquéreur ; pour régler l'ordre de préférence, on tiendra compte de la date des inscriptions ou des mentions en marge. Telle est la règle consacrée par la loi nouvelle ; elle n'est qu'une application particulière des principes de la loi de 1855, comme le dit très exactement le texte.

1163. Cette interprétation a, suivant nous, le très grave défaut de corriger le texte de la loi et de supprimer comme inutiles ces mots *sur les autres immeubles du mari* qui paraissent, dans la pensée du législateur, déterminer l'étendue des subrogations postérieurement consenties par la femme.

Elle a, en outre, le non moins grave inconvénient de déclarer la loi étrangère au cas qu'elle prévoit expressément, au cas où les subrogations postérieures sont consenties *sur d'autres immeubles du mari,* et de l'appliquer uniquement à une hypothèse que son texte n'a pas prévue, à celle où la subrogation porte tant sur l'immeuble vendu que sur d'autres ou sur les autres immeubles du mari. On propose d'ajouter au

[1] *Journ. des not., De la renonc. à l'hyp. lég.*, mai 1889, p. 262 s.; *Journ. des conserv. des hyp., Commentaire de la loi du 13 février 1889,* 1890, art. 4026, p. 53; Escorbiac, *op. cit.*, p. 164; Delalande, *France judiciaire,* 1889, p. 83.

texte après avoir proposé d'en retrancher certains mots.

En troisième lieu, on peut reprocher à cette doctrine d'admettre la subrogation dans un droit que le 1er al. de la loi nouvelle déclare éteint. La renonciation a éteint l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu ; cette renonciation a été publiée conformément à la loi ; elle est opposable aux tiers et on permet cependant à des subrogés postérieurs de se prévaloir, sur l'immeuble vendu, d'une hypothèque qui est éteinte et qui par suite a cessé de le frapper. Sans doute ces subrogés ne pourront pas poursuivre contre le tiers acquéreur l'expropriation de l'immeuble, sans doute ils ne pourront pas lui adresser une sommation de payer ou de délaisser. Mais on prétend cependant leur reconnaître un droit de préférence sur le prix ; et ce droit de préférence, ils l'exerceraient en vertu de la subrogation qui le leur aurait transmis.

Cette interprétation est-elle bien conforme à l'intention des parties ? La femme a subrogé un tiers dans son hypothèque légale, c'est-à-dire dans un droit réel ; or, par l'effet de la renonciation, le droit est éteint en tant qu'il frappait l'immeuble vendu ; il ne subsiste plus qu'un droit de créance contre l'acquéreur ; donc, par la subrogation, la femme n'a pas entendu céder au subrogé ce droit de créance.

On peut faire remarquer cependant que la loi qualifie ce droit du nom d'hypothèque légale, quand il s'agit de l'acquéreur en conflit avec des créanciers inscrits sur cet immeuble mais postérieurs à la femme et que, dès lors, il doit recevoir la même qualification quand il s'agit des nouveaux subrogés et être compris dans la transmission qui s'opère à leur profit.

Nous avons déjà critiqué la terminologie de la loi de 1889 (1) ; nous en avons démontré l'inexactitude. Il n'est pas possible d'argumenter de l'erreur commise par le législateur pour interpréter la convention des parties. Du reste, cette interprétation donnerait lieu aux plus sérieuses difficultés. On comprend que la loi ait admis la subrogation au droit de préférence au profit de l'acquéreur, qui paie son prix au mari du consen-

(1) *Supra*, II, 1158.

tement de la femme, lorsqu'il existe des créanciers postérieurs sur l'immeuble. A moins de l'obliger à remplir les formalités de la purge, c'est le seul moyen de sauvegarder ses intérêts et de le protéger contre le danger de perdre à la fois la chose et le prix. Au contraire, admettre que la subrogation à l'hypothèque légale emporte subrogation à ce droit de préférence, c'est compromettre des droits certains. D'après la loi de 1889, l'acquéreur peut payer au mari si la femme y consent. Par la subrogation consentie au profit d'un tiers, ce paiement deviendra impossible ; l'acquéreur, s'il veut payer sans crainte, ne pourra pas se contenter du consentement de la femme, il lui faudra requérir un état avant de s'acquitter ; il lui faudra la certitude que, même depuis la délivrance de cet état, il ne s'est pas produit de subrogation, puisqu'aucun événement n'aurait arrêté le cours de ces inscriptions. N'est-ce pas lui demander l'impossible ?

Enfin une dernière considération se présente à l'esprit. La femme qui a renoncé à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur n'aurait certainement pas le droit de la faire inscrire. Elle pouvait être contrainte d'en donner mainlevée. Comment le tiers qu'elle subrogerait à son hypothèque légale pourrait-il, en dehors d'un texte formel, recevoir des droits plus étendus que la femme et requérir une inscription que celle-ci ne serait pas autorisée à prendre ?

Telles sont les considérations qui doivent porter à s'en tenir au texte de la loi et à décider que les subrogés postérieurs à la renonciation rendue publique sont subrogés non sur l'immeuble vendu, mais seulement sur les autres immeubles du mari. Cependant cette solution est loin de résoudre toutes les difficultés. Car on ne conçoit guère la possibilité d'un conflit entre l'acquéreur et les autres subrogés. Leurs droits portent sur des immeubles différents.

1164. Aussi dans une troisième opinion a-t-on proposé de n'imposer à l'acquéreur l'accomplissement des formalités du premier alinéa de l'art. 9 de la loi de 1855 que s'il se faisait subroger pour supplément de garanties sur d'autres immeubles du mari.

A l'appui de cette interprétation, on invoque le rapport

présenté à la chambre des députés et dans lequel on a précisément donné du texte cette explication [1].

Il ne nous paraît pas nécessaire d'insister sur cette opinion; cette théorie est en opposition avec le texte de la loi, qui parle de subrogation de l'acquéreur *sur l'immeuble vendu* et non de la subrogation sur les autres immeubles du mari. Il est inadmissible que le législateur ait en vue une hypothèse qu'il ne mentionne même pas, tandis que sa disposition serait étrangère à celle qu'il prévoit directement. C'est d'autant plus invraisemblable que cette hypothèse, à laquelle on veut appliquer la loi nouvelle, était déjà prévue et réglementée par la loi de 1855 et qu'il était inutile de s'en préoccuper de nouveau.

1164 I. Le même motif nous détermine à ne pas admettre l'opinion d'après laquelle l'acquéreur serait subrogé de plein droit à l'hypothèque légale non seulement sur l'immeuble vendu, mais d'une manière générale sur tous les immeubles du mari [2].

D'ailleurs nous ne voyons pas d'où pourrait résulter une pareille subrogation. On ne peut l'induire de la renonciation. La loi de 1889 déclare qu'elle éteint l'hypothèque légale, et on la transforme en une subrogation translative. On viole la convention qui limite ses effets, qu'il s'agisse d'une renonciation expresse ou d'une renonciation tacite, à l'immeuble vendu et sans que rien justifie ce procédé. On y ajoute une stipulation nouvelle affectant tous les immeubles du mari.

On ne peut pas non plus fonder cette subrogation générale sur le consentement de la femme au paiement du prix. Car alors elle pourrait résulter d'un acte sous-seing privé, contrairement aux dispositions les plus précises des lois de 1855 et de 1889.

Remarquons enfin que l'acquéreur est subrogé non à l'hypothèque légale mais seulement au droit de préférence qui a survécu à l'extinction du droit de suite. C'est pourquoi la loi n'exige ni la rédaction d'un acte authentique, ni la publicité. La dérogation que le législateur apporte sur ce dernier point

[1] *Circ. du comité des not. des dép.*, n. 211, p. 526; Bressolles, *op. cit.*, 1889, p. 155; Beudant, II, 858.

[2] L. et A. Mérignhac, 229.

dans une hypothèse particulière n'est pas un motif pour voir dans cette disposition finale de la loi de 1889 une dérogation aux règles les plus certaines des lois de 1855 et de 1889.

1165. Enfin, dans une dernière opinion qui applique à la lettre la loi de 1889, on en explique la disposition en disant que le législateur a voulu prémunir les subrogés postérieurs à l'hypothèque légale contre la perte du rang à laquelle les exposerait l'exercice par l'acquéreur du droit de préférence de la femme. Pour les défendre contre ce danger, la loi impose à l'acquéreur l'obligation de requérir inscription de l'hypothèque légale à son profit. La publicité sera ainsi complète.

La garantie hypothécaire a perdu en étendue puisque, par la renonciation de la femme, elle a cessé de frapper l'immeuble aliéné. La transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation y est contenue, la mention en marge si elle résulte d'un acte authentique postérieur, auront averti les tiers de cette diminution. La subrogation de l'acquéreur au droit de préférence qui a survécu au profit de la femme peut porter atteinte à la sûreté de l'hypothèque en lui faisant perdre à due concurrence le bénéfice de son rang ; l'inscription portera cette circonstance à la connaissance des tiers [1].

1165 I. On objecte que cette interprétation conduit à la méconnaissance des caractères de la subrogation telle qu'elle a été comprise par la pratique et par la jurisprudence, telle qu'elle a été envisagée et réglementée par la loi de 1855. Ce ne serait plus « le rang, la préférence hypothécaire sur l'immeuble » que déterminerait la loi, mais *une sorte de droit de préférence* » *sur les reprises*. Or, la loi de 1855 ne s'est jamais placée à » ce point de vue : la publicité règle l'ordre sur le bien hypo- » théqué à plusieurs subrogés utilisant jusqu'à extinction les » reprises de la subrogeante ; c'est sur l'immeuble du mari et » non sur les reprises de la femme que s'établit la priorité. » Et la loi de 1889 renvoyant expressément pour la subro- » gation qui nous occupe à l'art. 9 de la loi de 1855, doit » être réputée avoir pris à la fois ce texte et le contrat de

[1] Wable, *op. cit.*, 157 s. ; Guillouard, IV, 1844 ; Huc, XIII, 304 ; Aubry et Rau, § 288 *bis*, texte et note 80, III, 5e éd. p. 794-797.

» subrogation qu'il réglemente avec le sens qui lui a été » attribué jusqu'ici par la théorie et la pratique antérieure. » Pour en changer absolument l'économie il faudrait une » disposition législative formelle » (1).

Quelque séduisante qu'elle soit, l'objection ne nous paraît pas fondée.

D'une part la loi de 1889 prévoit une hypothèse que n'a pas réglementée la loi de 1855. Cette loi s'est occupée de la subrogation générale dans l'hypothèque légale et tous ses droits. Or la loi nouvelle parle non pas de la subrogation à l'hypothèque légale avec tous ses attributs, mais seulement de la subrogation au droit de préférence qui a survécu à l'extinction du droit de suite, conséquence de la renonciation de la femme.

D'autre part, la loi de 1855 statue en vue d'une subrogation qui a la même étendue que l'hypothèque légale, c'est-à-dire qui affecte à la garantie du créancier tous les immeubles du mari, présents et à venir. La loi de 1889 prévoit au contraire le cas où la subrogation est limitée, comme la renonciation de la femme, à un immeuble, l'immeuble aliéné. Si elle exige la même publicité que pour la subrogation générale, il n'en est pas moins certain qu'elle vise une hypothèse particulière, dont la pratique antérieure ne s'était pas préoccupée et que la loi de 1855 n'avait pas réglementée.

Enfin l'hypothèque légale n'étant qu'un droit accessoire et le subrogé ne pouvant s'en prévaloir qu'autant que la femme a une créance de reprises (2), déterminer l'ordre dans lequel les subrogés successifs pourront l'exercer, n'est-ce pas déterminer l'ordre dans lequel ils seront admis à faire valoir la créance des reprises?

1166. L'un des auteurs qui professent notre opinion déclare cependant que cette explication est incomplète (3). Car, suivant lui, la loi aurait dû prévoir d'abord le cas où des tiers seraient subrogés à l'hypothèque légale en tant qu'elle frappe l'immeuble aliéné ; et c'est précisément cette

(1) L. et A. Mérignhac, 228.
(2) *Supra*, II, 1114 s.
(3) Wable, *op. cit.*, 163.

hypothèse qui se présente la première à l'esprit que le législateur aurait oubliée. N'est-ce pas une très sérieuse objection contre cette doctrine?

Nous inclinons à penser que ce reproche n'est pas fondé. Car, dans la théorie de la loi de 1889, cette hypothèse ne peut pas se réaliser. Celui qui est subrogé d'une manière générale dans l'hypothèque légale est cessionnaire d'un droit réel; or, nous l'avons déjà fait observer, la renonciation de la femme a éteint l'hypothèque; par la transcription ou la mention en marge elle est devenue opposable aux tiers; le droit de préférence qui survit au profit de la femme ne constitue qu'un droit de créance; il n'est donc pas compris dans la subrogation à l'hypothèque légale. L'hypothèse qu'on reproche au législateur de ne pas avoir prévue n'est donc pas susceptible de se présenter. Par conséquent l'objection n'est pas exacte.

1167. On a dit enfin que, ainsi interprétée, la loi est dépourvue de sanction. Le plus souvent le prix de l'immeuble vendu se distribuera dans un ordre distinct de celui où sera réparti le prix des autres immeubles du mari; qui pourrait alors se prévaloir du défaut de publicité de la subrogation de l'acquéreur? Les créanciers postérieurs sur l'immeuble? Non très certainement; car l'efficacité de la subrogation à leur égard n'est pas subordonnée à cette condition. Les subrogés postérieurs à l'hypothèque légale? Oui, en théorie; c'est la solution de la loi de 1889. Mais, en pratique, comment pourront-ils le faire? Ils sont inscrits sur d'autres immeubles, leur nom ne figurera pas sur l'état, délivré par le conservateur, des créanciers inscrits sur l'immeuble vendu. Ils ne seront pas sommés de produire à l'ordre. Ils n'auront même pas qualité pour contester la production de l'acquéreur. Il ne peut y avoir de litige qu'entre créanciers invoquant des droits de préférence sur le même immeuble. Dépourvue ainsi de sanction, la disposition de la loi de 1889 devient inutile.

Nous avons déjà rencontré une difficulté analogue lorsque des tiers ont été subrogés dans l'hypothèque légale sur des immeubles distincts, lorsque, par exemple, la femme s'oblige conjointement et solidairement avec son mari par des actes séparés envers plusieurs créanciers auxquels le mari hypo-

thèque par les mêmes actes des immeubles différents. La solution que nous avons donnée s'applique également à notre hypothèse, et la loi de 1889, qui nous paraît avoir prévu ce cas, est conforme à notre théorie [1].

S'il n'y a pas conflit quant à l'immeuble sur lequel les collocations sont demandées, il y a conflit quant au droit de préférence invoqué. C'est de la même hypothèque que les créanciers subrogés et l'acquéreur entendent se prévaloir. Or, pour l'invoquer, il faut que la femme ait une créance de reprises contre son mari, et le paiement de cette créance ne peut être réclamé qu'une fois. Celui qui exerce l'hypothèque entame donc le droit hypothécaire de la femme : si sa créance est égale au montant des reprises, le droit hypothécaire est épuisé et les subrogés postérieurs ne peuvent plus invoquer l'hypothèque légale de ce chef. Sans doute la femme peut avoir un recours contre son mari ; ce recours est également garanti par l'hypothèque légale ; mais cette hypothèque ne prendra rang que du jour de l'obligation ; les subrogés postérieurs pourront s'en prévaloir à cette date ; ils se verront préférer les créanciers intermédiaires et il peut se faire que le prix des immeubles soit insuffisant pour les couvrir.

Il importe donc de savoir dans quel ordre les différents intéressés, l'acquéreur et les subrogés postérieurs, seront admis à exercer l'hypothèque légale ; de la solution de cette question peut dépendre leur paiement. C'est ce conflit que la loi de 1889 a entendu prévoir ; le rapport au sénat, quand il nous parle de cession « d'une garantie correspondant à ce » qui reste effectivement dû à la femme sur sa créance », a précisément envisagé cette éventualité. Il est inexact, quand il laisse entendre que la créance de la femme est diminuée, mais il est parfaitement vrai si on restreint sa portée à la question de rang intimement liée à l'existence, au quantum et à la date de la créance des reprises.

Résolvant cette difficulté, la loi de 1889 impose à l'acquéreur subrogé l'obligation de faire inscrire l'hypothèque ; à partir de l'accomplissement de cette formalité seulement, la

[1] *Supra*, II, 1127 s.

subrogation de l'acquéreur devient opposable aux tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur d'autres immeubles ; l'ordre entre eux se trouve déterminé par la date de la publicité.

Qui pourra cependant se prévaloir du défaut de publicité ? Les subrogés postérieurs ne sont pas appelés à l'ordre. C'est vrai. Mais n'auront-ils le droit d'intervenir, sinon pour empêcher toute collocation, du moins pour prévenir une collocation définitive dans la mesure où elle leur serait nuisible ? Nous n'y voyons pas d'obstacle.

Bien plus, les créanciers hypothécaires postérieurs ne peuvent pas opposer le défaut de publicité. Mais n'ont-ils pas qualité pour contester à l'acquéreur le droit d'être colloqué par préférence parce que, les créances de la femme étant absorbées par des subrogés antérieurs, l'hypothèque légale ou plus exactement le droit de préférence ne peut plus produire d'effet faute d'aliment ?

La disposition de la loi de 1889 a donc une sanction et l'opinion que nous défendons se trouve justifiée.

1168. Cette publicité de la subrogation au droit de préférence se réalise, conformément à l'al. 1 de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, soit par une inscription de l'hypothèque légale prise par l'acquéreur à son profit sur l'immeuble vendu, soit par une mention en marge de l'inscription préexistante.

Cette règle présente les mêmes inconvénients qu'avait la publicité imposée par une certaine théorie [1] à la renonciation à l'hypothèque légale en faveur de l'acquéreur en vertu de l'art. 9 de la loi de 1855. L'inscription sera prise sur un immeuble dont l'inscrivant est propriétaire, elle devra être renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans, si les autres hypothèques, dont l'immeuble est grevé du chef du mari, ne sont pas éteintes.

1168 I. Enfin on peut supposer que l'acquéreur subrogé au droit de préférence sur l'immeuble vendu se trouve en conflit avec un tiers cessionnaire du droit de préférence de

[1] *Supra*, II, 1100.

la femme. Comment se régleront les droits respectifs des parties?

La loi n'a pas prévu la difficulté. Elle se résout facilement à l'aide des principes. Nulle publicité n'est alors imposée à l'acquéreur. Le cessionnaire du droit de préférence doit faire signifier le transport dont il est bénéficaire, dans les termes de l'art. 1690. La comparaison de la date du consentement de la femme au paiement ou du paiement, pourvu qu'elle soit certaine, avec la date de la notification permettra de déterminer sans peine la partie admise à exercer le droit de préférence qui appartenait à la femme (1).

§ II. *Hypothèque légale des mineurs et des interdits* (2).

1169. L'ancien droit romain n'accordait aux pupilles et aussi peut-être aux furieux, pour la garantie de leurs créances contre leurs tuteurs et curateurs, qu'un *privilegium inter personales actiones,* c'est-à-dire un simple droit de préférence sur les créanciers chirographaires du tuteur et curateur (3).

Plus tard une constitution de l'empereur Constantin (4) accorda aux mineurs, sur les biens de leurs tuteur et curateur, une hypothèque tacite prenant rang au jour de l'ouverture de la tutelle. Le privilège personnel accordé aux furieux fut transformé en une hypothèque, au moins par Justinien (5).

1170. Sous le nom d'*hypothèque taisible,* notre ancienne jurisprudence accordait aux mineurs et aux interdits une

(1) Tissier, *op. cit.*, p. 656-657; Wable, *op. cit.*, 163; Dalmbert, *Append.* I, n. 20; Guillouard, IV, 1851. — *Contra* Escorbiac, *op. cit.*, p. 164.

(2) Italie, *C. civ.*, 292, § 2, 293, § 2 et 3, art. 1969, 1983-1984, 2026. — Espagne, *C. civ.*, art. 252, 253, 255, 257-259; *L. hyp.*, art. 194 à 206, 214 à 216. — Portugal, *C. civ.*, art. 224 9°, 918-924. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 11-3°, 12-13. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3282-3283. — Cette hypothèque n'existe pas en Suède, mais il peut être pris inscription en vertu d'un jugement du tribunal, *Ann. de législ. étr.*, V, p. 815.

(3) L. 52, § 1, D., *De pecul.* (XV, 1); L. 25, D., *De tutel. act.* (XXVII, 3); L. 15, § 1, D., *De curat. fur. et aliis extra minor. dandis* (XXVII, 10); L. 19, § 1; L. 20, 21, 22 pr.; L. 33, D., *De reb. auct. judic. possid.* (XLII, 5).

(4) L. 20, C., *De administ. tutor.* (V, 37).

(5) L. 7, § 5 et 6, C., *De curat. fur.* (V, 70).

garantie de la même nature sur les biens de leurs tuteurs et curateurs (1).

Cette hypothèque taisible était si favorable, qu'elle fut admise avec ce caractère même dans les pays de nantissement, où cependant la publicité hypothécaire était de droit commun (2).

Dans les pays de droit écrit, le tuteur avait également une hypothèque pour la garantie de ce qui lui était dû (3).

1171. Supprimée avec toutes les hypothèques tacites par l'art. 17 de la loi du 9 messidor an III, elle fut rétablie par la loi du 11 brumaire an VII, qui la soumit à la formalité de l'inscription.

Le code civil l'a conservée en supprimant la nécessité de l'inscription (art. 2135).

1171 i. La loi du 11 brumaire an VII, par le n. 2 de son art. 21, accordait cette sûreté aux absents sur les biens des administrateurs de leur patrimoine.

Le code n'a pas cru utile de reproduire cette disposition. Ses auteurs ont probablement pensé que l'intervention de la justice, appelée à désigner le mandataire chargé de cette gestion (art. 112), offrait des garanties pleinement suffisantes. Ils ont jugé en outre inutile de grever de cette hypothèque les immeubles des envoyés en possession provisoire. Cette garantie est alors remplacée d'une façon satisfaisante par la caution qu'ils sont tenus de fournir (art. 120).

1172. Celui qui confie librement la gestion de son patrimoine à un administrateur de son choix, peut stipuler telles garanties qu'il juge à propos. Telle n'est pas la situation du mineur et de l'interdit à l'égard de leur tuteur. D'une part, le tuteur leur est imposé par la loi ou en vertu de ses dispositions. D'autre part, ils sont présumés incapables de veiller eux-mêmes à leurs intérêts. La loi, en organisant l'adminis-

(1) Loisel, *Inst. Cout.*, liv. III, tit. V, règle 15; Pothier, *Introd. à la Cout. d'Orléans*, tit. XX, n. 18.

(2) *Cout. de Vermandois*, art. 139; *Cout. de Reims*, art. 182. — V. cep. pour le droit belge ancien, Martou, II, 753.

(3) Meslé, *Minor. tut. et curat.*, ch. XII, n. 52. — Cpr. Pothier, *De l'hyp.*, 30; Basnage, *Hypoth.*, part. I, ch. IV.

tration de leur patrimoine, devait donc prendre toutes les garanties nécessitées par les circonstances. C'est ce qu'a fait l'art. 2121 en leur conférant une hypothèque légale.

I. *A quelles personnes appartient cette hypothèque légale.*

1173. La loi l'accorde aux *mineurs* et aux *interdits* sur les biens de leur *tuteur*.

La loi exige donc d'une part que le créancier soit un mineur ou un interdit, d'autre part que le débiteur soit un tuteur, investi à ce titre de l'administration du patrimoine d'autrui et par conséquent comptable de sa gestion. Et comme les textes qui établissent des droits de préférence ne comportent pas l'interprétation extensive, nous dirons qu'en l'absence de l'une ou de l'autre de ces conditions et à plus forte raison en l'absence de l'une et de l'autre, l'hypothèque légale ne saurait exister. Ainsi, il ne suffit pas, pour l'application de l'art. 2121, qu'une personne soit chargée de l'administration du patrimoine d'autrui, il faut qu'elle ait la qualité de tuteur et que celui dont elle gère les biens soit un mineur ou un interdit (1).

1174. En vertu de ce principe, nous déciderons, comme nous l'avons déjà indiqué, que le mandataire chargé par justice de la gestion du patrimoine de l'absent n'est, pas plus que les envoyés en possession provisoire, atteint par la disposition de notre article (2).

1175. Il en est de même pour le conseil judiciaire. Nous ne rencontrons ici aucune des conditions exigées par la loi. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'est ni un mineur, ni un interdit. Le conseil n'est pas un tuteur; il n'a pas la gestion des biens d'autrui. Notre solution se trouve ainsi justifiée, quoique le conseil judiciaire puisse encourir certaines responsabilités (3).

1. Espagne, *L. hyp.*, art. 168-3° et 4°.

2. Pont, I, 492; Aubry et Rau, § 264 *bis*, note 1, III, 4e éd. p. 206, 5e éd. p. 354; Guillouard, II, 708; Lepinois, III, 1300.

3. Duranton, XIX, 314; Troplong, II, 423; Valette, 142; Pont, I, 496; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 206, 5e éd. p. 354; Colmet de Santerre, IX, 82 *bis*-IV; Thézard, 116; Thiry, IV, 459; Guillouard, II, 709; Huc, XIII, 182; Beudant, II, 601; Planiol, II, 2835.

1176. Pour le même motif, la personne dont on poursuit l'interdiction et à laquelle il a été nommé un administrateur provisoire (art. 497), n'a pas d'hypothèque légale sur les immeubles de cet administrateur [1].

1176 I. Nous appliquerons la même solution aux individus non interdits placés dans un établissement d'aliénés. Ils n'ont pas d'hypothèque légale [2]. Lorsqu'ils ont été placés dans un établissement public d'aliénés, ils obtiennent une certaine garantie par le privilège à eux accordé sur le cautionnement du receveur de l'établissement par l'art. 31 de la L. du 30 juin 1838. Cette loi permet aussi d'établir une autre sûreté à leur profit. Le jugement qui nomme un administrateur provisoire peut constituer en même temps une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (art. 34). Cette hypothèque n'est pas une hypothèque légale, puisqu'elle n'est pas établie directement par la loi [3]. Constituée par jugement, elle semble être une hypothèque judiciaire ; cependant elle n'est pas une hypothèque judiciaire dans le sens que les art. 2117 et 2123 donnent à ces expressions ; elle ne résulte pas d'un jugement de condamnation. Elle diffère de l'une et de l'autre, en ce qu'elle peut être spéciale ou générale. Elle diffère de l'hypothèque légale des mineurs et interdits, en ce que l'effet en est limité à la somme déterminée par le tribunal et en ce qu'elle ne prend rang qu'à la date de l'inscription, qui doit en être requise par le procureur de la République (art. 34) [4].

(1) Valette, 142; Pont, I, 496; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 207, 5e éd. p. 356; Thézard, 116; Thiry, IV, 459; Guillouard, II, 710; Lepinois, III, 1307; Huc, XIII, 182; Planiol, II, 2835; Surville, II, 629. — Montpellier, 14 janv. 1823, S., 23. 2. 222 et sur pourvoi Req., 27 avril 1824, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1037, S., 24. 1. 268.

(2) Belgique, L. 18 juin 1850, art. 29; L. 16 déc. 1851, art. 47; L. 21 déc. 1873.

(3) Demolombe, *Minor.*, II, 824-825; Pont, I, 492; Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 3, III, 4e éd. p. 206, 5e éd. p. 354-355; Colmet de Santerre, IX, 82 *bis*-VI; Guillouard, II, 711; Huc, XIII, 182; Beudant, II, 601; Planiol, II, 2835, 2843; Surville, II, 629; Baudry-Lacantinerie et Ph. Bonnecarrère, 833.

(4) L'avant-projet (art. 19) de la sous-commission juridique de la commission extraparlementaire du cadastre propose d'accorder dans ce cas une hypothèque légale, en laissant au tribunal le soin d'ordonner, s'il y a lieu, qu'il soit pris inscription.

1177. Pour le même motif, les immeubles du tuteur à la substitution, nommé en vertu des art. **1055** et **1056**, ne sont pas frappés d'hypothèque légale. Les appelés ne rentrent pas dans la classe des mineurs ou des interdits auxquels seuls l'art. **2121** accorde une hypothèque légale. Le tuteur à la substitution n'est pas véritablement un tuteur, mais plutôt un simple surveillant, un curateur (1).

1178. Il en est de même pour l'enfant légitime mineur dont la fortune est administrée, pendant le mariage, par le père en vertu de l'art. **389** (2). Le père n'est pas un tuteur. La loi n'a pas voulu surcharger d'une nouvelle hypothèque légale des biens déjà grevés de l'hypothèque légale de la femme mariée (3).

Il en est de même de la mère chargée, en cas d'absence du père, de l'administration du patrimoine de ses enfants mineurs (art. **141**) (4).

La dissolution du mariage résultant du divorce ne donne

(1) Aubry et Rau, § 264 *bis*, note 2, III, 4e éd. p. 206, 5e éd. p. 354; Demolombe, *Donat et test.*, V, 465; Colmet de Santerre, IV, 217 *bis*-II, IX, 82 *bis*-V; Laurent, XIV, 538; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, II, 3262; Guillouard, II, 709; Lepinois, III, 1309; Beudant, II, p. 92 note 5.

(2) Espagne, *L. hyp.*, art. 168-2°. — Soleure, *C. civ.*, art. 967-4°. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 11-5°.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Puiss. patern.*, sect. II, n. 17; Delvincourt, III, p. 316; Duranton, III, 415; Grenier, I, 277 à 279; Magnin, *Des minor.*, II, 1280; de Fréminville, I, 18; Troplong, II, 424; Valette, 142; Demolombe, *Puiss. patern.*, 420; Martou, I, 775; Pont, I, 493; Taulier, VII, p. 292; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 157, § 795, note 6; Aubry et Rau, § 123, texte et note 10, I, 4e éd. p. 501, 5e éd. p. 777, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 206, 5e éd. p. 355; Laurent, IV, 309, XXX, 271; Colmet de Santerre, IX, 82 *bis*-IV; Thézard, 116; André, 672; Thiry, IV, 459; Guillouard, II, 712; Huc, XIII, 182; Lepinois, III, 1302; Beudant, II, 601; Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, 182; Planiol, II, 2834; Surville, II, 629. — Civ. rej., 3 déc. 1821, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1035, S., 22. 1. 81. — Riom, 23 mai 1822, S., 25. 2. 152. — Lyon, 3 juil. 1827, S., 30. 2. 101. — Poitiers, 31 mars 1830, S., 30. 2. 138. — Bordeaux, 10 avril 1845, D., 45. 4. 16, S., 47. 2. 166. — Nîmes, 5 fév. 1849, D., 50. 1. 266. — Grenoble, 4 fév. 1850, D., 52. 2. 47, S., 50. 2. 543. — — Riom, 30 août 1852, D., 54. 2. 227. — Toulouse, 2 janv. 1863, D., 63. 2. 215, S., 63. 2. 191. — Bordeaux, 19 mars 1875, D., 77. 2. 25, S., 76. 2. 97. — *Contra* Persil, I, sur l'art. 2121, XXXVI; Battur, II, 365. — Colmar, 22 mars 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V. 2. 434. — Toulouse, 23 déc. 1818, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1035, S., 19. 2. 201.

(4) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, I, 1290; Aubry et Rau, § 160, I, 4e éd. p. 638, 5e éd. p. 962.

pas lieu à l'ouverture de la tutelle. Par conséquent, il ne peut pas être question d'hypothèque légale.

1178I. L'hypothèque légale ne grève pas les immeubles du curateur au ventre, quoiqu'il administre : il n'est pas tuteur (1).

1179. L'hypothèque légale ne frappe pas les immeubles du subrogé tuteur. Cette solution, basée sur le texte de la loi et les principes, est confirmée par les travaux préparatoires. La rédaction primitive de l'art. 2121 portait « sur les biens de leurs tuteurs et *subrogés tuteurs* ». Ces derniers mots ont été supprimés sur une observation du tribunat (2). Par conséquent, l'action en responsabilité, à raison des fautes ou négligences commises par le subrogé tuteur dans l'accomplissement de sa mission, n'est accompagnée d'aucune sûreté réelle ; c'est une action personnelle.

Il en serait de même, lorsque le subrogé tuteur est appelé à faire certains actes de gestion aux lieu et place du tuteur, *v. g.* lorsqu'il y a opposition d'intérêts entre le tuteur et son pupille (art. 420). Dans ces cas, le subrogé tuteur peut encourir des responsabilités ; mais s'il supplée le tuteur, il n'a pas la qualité à laquelle est subordonnée l'hypothèque légale (3). C'est pourquoi nous serions disposés à ne pas admettre le correctif que Persil (4) apporte à cette opinion pour le cas où le subrogé tuteur a eu le maniement des valeurs pupillaires et se trouve comptable.

Le seul point véritablement difficile est celui de savoir si les immeubles du subrogé tuteur ne sont pas grevés de l'hypothèque légale, lorsqu'il est devenu tuteur de fait. Nous ne voyons aucun motif pour ne pas soumettre le subrogé tuteur à la même règle que les autres tuteurs de fait et pour ne pas

(1) Lepinois, III, 1309; Huc, XIII, 182.

(2) Fenet, XV, p. 333, 401 et 414 ; Locré, XVI, p. 228, p. 316, n. 12 et p. 324, n. 3.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 4, n. 3; Grenier, I, 274 ; Duranton, XIX, 313 ; Troplong, II, 422 ; Valette, 142 ; de Fréminville, I, 166, II, 1124 ; Demolombe, *De la minor.*, I, 389 et 390 ; Pont, I, 497 ; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 207, 5e éd. p. 355-356 ; Laurent, XXX, 269 ; Colmet de Santerre, IX, 82 *bis*-IV ; Thézard, 116 ; André, 673 ; Thiry, IV, 459 ; Guillouard, II, 713 ; Lepinois, III, 1309 ; Beudant, II, 601 ; Planiol, II, 2638.

(4) Persil, I, sur l'art. 2121, XXIV, XXV ; Grenier, I, 274.

lui appliquer dans ce cas la solution que nous développerons tout à l'heure.

1179 I. De même l'hypothèque légale ne frappe pas les immeubles du tuteur *ad hoc* (1).

1180. L'hypothèque légale ne frappe pas non plus les immeubles de celui qui, sans être investi de la qualité de tuteur, a provisoirement géré le patrimoine d'un mineur en vertu d'une obligation légale, par exemple dans les hypothèses prévues par les art. 394, 419 et 440 (2).

1181. Elle n'atteint pas davantage les immeubles du curateur d'un mineur émancipé. Dans ce cas, du reste, elle manquerait de tout fondement ; le curateur n'administre pas, il n'a pas le maniement des deniers du mineur (3).

1182. Une dernière question est l'objet d'une très vive controverse. On se demande si notre article s'applique à ceux qui, sans avoir le titre légal de tuteur, en remplissent les fonctions (4).

Pour justifier l'extension de l'hypothèque légale à cette hypothèse, on invoque les précédents historiques. Le droit romain semble bien avoir imposé cette garantie même à ceux qui, sans se prétendre tuteurs, géraient cependant la fortune du pupille (5) et notre ancienne jurisprudence a consacré ces traditions (6). N'est-il pas juste d'admettre que le code les a respectées? Qu'importe que celui qui a administré les biens pupillaires n'ait pas eu légalement la qualité de tuteur? Il en a exercé les droits ; ses biens sont grevés des mêmes sûretés (7).

(1) Lepinois, III, 1309 ; Huc, XIII, 182.

(2) Demolombe, *Minor.*, II, 29 ; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 207, 5e éd. p. 356 ; Guillouard, II, 714 ; Planiol, II, 2839 ; Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, 336.

(3) Merlin, *Rép.*, vo *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 4, n. 3 ; Valette, 143 ; Duranton, XIX, 314 ; de Fréminville, II, 1125 ; Pont, I, 497 ; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 208, 5e éd. p. 356 ; Colmet de Santerre, IX, 82 *bis*-IV ; Thézard, 116 ; Thiry, IV, 459 ; Guillouard, II, 710 ; Huc, XIII, 182 ; Beudant, II, 601 ; Planiol, I, 2012, II, 2834 ; Surville, II, 629.

(4) Louisiane, *C. civ.*, art. 3283.

(5) L. 20, C., *De admin. tut.* V, 37) ; L. 19, § 1, et L. 23, D., *De reb. auctor. judic. possid.* (XLII, 5).

(6) Basnage, *Des hyp.*, ch. VI ; Brodeau sur Louet, *Hyp.*, somm. 23 ; Pothier, *De l'hyp.*, ch. I, sect. I, art. 3, n. 27.

(7) Troplong, II, 421 ; de Fréminville, II, 1131 ; Pont, I, 500 ; Demolombe, *Minor.*, I, 390 ; Guillouard, II, 720 ; Planiol, II, 2837.

Cette opinion se heurte au texte et aux principes. Au texte, car l'hypothèque ne frappe que les immeubles du tuteur. Aux principes, car l'art. 2121 doit être interprété limitativement; sa disposition ne peut s'appliquer à une hypothèse que son texte n'a pas taxativement prévue.

Les règles générales de la loi confirment notre opinion. La publicité est l'une des bases de notre régime hypothécaire. La loi dispense de toute inscription l'hypothèque légale du mineur, parce que la délation de la tutelle est un fait dont les tiers ont pu facilement avoir connaissance. Ici il n'y a rien de pareil; celui qui gère n'a pas la qualité de tuteur. Comment les tiers pourraient-ils être avertis? Comment surtout pourraient-ils, ainsi qu'on le propose, faire la distinction entre ceux qui gèrent comme tuteurs sans être tuteurs et ceux qui usurpent les fonctions de tuteur? Ils seraient exposés à être trompés. La raison s'unit donc aux principes et au texte pour faire écarter, dans ce cas, l'hypothèque légale (1).

Tout au plus pourrait-on faire exception à cette solution, dans le cas où celui qui gère *pro tutore* s'est cru et a été généralement considéré comme tuteur. *Error communis facit jus.* Tel serait, par exemple, le cas de l'ascendant qui, dans la croyance générale de la mort de son fils tuteur, aurait pris, en qualité de tuteur légal, l'administration de la fortune de son petit-fils mineur. Tuteur putatif, il se trouve dans la même situation qu'un véritable tuteur et il est tenu des mêmes garanties (2).

1183. Mais s'il ne faut pas étendre au-delà de ses justes limites la disposition de l'art. 2121, qui accorde une hypothèque légale aux mineurs et aux interdits, il ne faut pas non plus, tombant dans une exagération contraire, en restreindre arbitrairement la portée naturelle. Toutes les fois que les conditions indiquées seront réunies, l'hypothèque existera.

Il n'y a donc pas lieu de distinguer entre l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire (3). Quelles que soient leurs

(1) Grenier, I, 273; Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 9, III, 4e éd. p. 208, 5e éd. p. 356-357; Thézard, 116; André, 674; Huc, XIII, 283; Surville, II, 629. — Cpr. Beudant, II, p. 93, note 2.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Thézard, 117; Huc, XIII, 182; Planiol, II, 2837.

(3) Belgique, C. pén., art. 23.

causes, elles donnent également lieu à la nomination d'un tuteur chargé de l'administration du patrimoine et comptable de sa gestion. L'interdit a droit dans tous les cas aux mêmes garanties. Peu importe que l'interdiction légale soit une peine et ait été instituée pour enlever au condamné la disposition de ses biens et de ses revenus. Il n'en est pas moins vrai qu'il conserve la propriété de son patrimoine, il a droit à la restitution de tous les biens qui en dépendent lors de la cessation de l'interdiction. Il est juste que cette restitution soit assurée par l'hypothèque légale. Qu'importe que, lors de la rédaction du code civil et même sous l'empire du code pénal de 1810, l'interdit légalement n'eût pas de tuteur, mais seulement un curateur? Qu'importe que cette tutelle ait été établie seulement lors de la révision du code pénal en 1832? Il est certain que l'interdit légalement a aujourd'hui un tuteur, il est certain que l'art. 2121 s'applique non seulement aux tutelles organisées par le code civil mais, d'une manière générale, à toutes les tutelles qui sont ou pourront être instituées par la loi (1).

1184. Il n'y a pas à se préoccuper du mode de délation de la tutelle. L'art. 2121 ne distingue pas. Que le tuteur soit légal, testamentaire ou datif, ses immeubles sont grevés de l'hypothèque légale (2).

Si la mère refusait la tutelle qui lui est conférée par la loi, il n'y aurait pas de tutelle et par suite pas d'hypothèque légale (3).

1184 I. En présence de la généralité de l'art. 2121, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'événement qui donne ouverture à la tutelle, ni de l'époque à laquelle il se produit. En conséquence l'hypothèque légale frappe les immeubles du

(1) Valette, 142; Pont, I, 491; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 208, 5e éd. p. 358; Thézard, 117; André, 686; Guillouard, II, 707; Beudant, II, 601; Huc, XIII, 182; Planiol, II, 2835; Surville, II, 629. — Pau, 19 août 1850, D., 51. 2. 5, S., 50. 2. 587.

(2) Un arrêt de la cour d'Alger a appliqué cette règle à l'enfant trouvé sur la voie publique auquel un tuteur avait été nommé par un conseil de famille convoqué d'office, alors même qu'il aurait été placé dans un hospice sur la demande du tuteur. La cour a refusé de l'assimiler aux enfants assistés. Alger, 28 juin 1875, D., 77. 2. 178, S., 77. 2. 319.

(3) Huc, III, 273, XIII, 184.

tuteur provisoire nommé lorsque l'un des époux était déjà décédé à l'époque de la disparition de l'autre ou lorsqu'il vient à décéder pendant la période de présomption d'absence (art. 142) [1].

1184 II. De ces principes il serait résulté que les immeubles du tuteur, nommé en vertu de la loi du 24 juillet 1889 *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, auraient été grevés de l'hypothèque légale. Le législateur ne l'a pas voulu. Pour faciliter l'application de la loi nouvelle, il a dérogé à l'art. 2121. Lorsque les père et mère ont été déchus de la puissance paternelle et que le tribunal a ordonné l'établissement d'une tutelle, les biens du tuteur ne sont pas de plein droit affectés à la créance du mineur. Mais la loi confère alors aux tribunaux le droit d'ordonner qu'une hypothèque, générale ou spéciale, soit constituée jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (art. 10, L. 24 juillet 1889). Nous avons déjà rencontré une disposition analogue dans l'art. 34 de la loi du 20 juin 1838. Nous n'avons rien à ajouter à nos explications précédentes.

1184 III. Remarquons que l'hypothèque légale ne s'applique pas aux tutelles administratives. Les mesures de précaution organisées par les lois spéciales et en particulier par la loi du 15 pluviôse an XIII rendent cette garantie inutile. Par conséquent les biens des membres des commissions administratives des hospices chargés d'une semblable tutelle, les biens du directeur de l'administration générale de l'assistance publique et ceux des inspecteurs départementaux des enfants assistés ne sont pas grevés de cette hypothèque [2].

1185. Il en est à cet égard de la tutelle officieuse comme de la tutelle ordinaire. La première, aussi bien que la seconde, donne naissance à l'hypothèque légale. Le tuteur officieux a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ordinaire : il est juste de donner au mineur les mêmes garanties. Il est impossible de voir dans la tutelle officieuse un mode particulier d'adoption, comme on l'a proposé. Elle est un moyen mis

[1] Aubry et Rau, § 160, I, 4e éd. p. 638, 5e éd. p. 962 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, 1294 ; Lepinois, III, 1310.

[2] Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et notes 9 *bis* s., III, 5e éd. p. 357-358.

par la loi à la disposition des particuliers pour préparer une adoption ; mais ce moyen consiste dans une tutelle ; et cette tutelle, malgré ses particularités, n'en produit pas moins les effets ordinaires de toute tutelle, notamment l'hypothèque légale. Si dans les art. 2135, 2141 et 2143, la loi paraît n'avoir en vue que la tutelle ordinaire et n'a pas parlé de la tutelle officieuse, c'est qu'elle a statué *de eo quod plerumque fit*. Il n'y aurait pas du reste de raison sérieuse pour dispenser le tuteur officieux de la règle commune. Les raisons de haute morale, qui expliquent pourquoi les biens du père administrateur légal pendant le mariage ne sont pas frappés de l'hypothèque légale, ne peuvent pas être invoquées en faveur du tuteur officieux ([1]).

Cette solution s'applique à la tutelle officieuse organisée par la loi du 24 juillet 1889 ([2]).

1186. L'hypothèque légale ne frappe pas seulement les immeubles du tuteur principal, elle atteint également ceux du protuteur (art. 417), qui est un tuteur pour les biens à la gestion desquels il est préposé, et ceux du second mari de la mère maintenue dans la tutelle (art. 396), qui est lui-même cotuteur ([3]).

1187. La question devient plus difficile dans l'hypothèse de l'art. 395. La mère tutrice qui se remarie est tenue, avant l'acte de mariage, de convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. Elle n'a pas exécuté cette obli-

([1]) Delvincourt, III, p. 316 ; Persil, I, sur l'art. 2121, XXXVII ; Grenier, I, 281 ; Duranton, XIX, 310 ; Troplong, II, 425 ; Valette, 142 ; de Fréminville, II, 1130 ; Magnin, *Tr. des min.*, I, 551 ; Taulier, VII, p. 289 ; Demolombe, *De l'adopt.*, 236 ; Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 12, III, 4e édit. p. 209, 5e édit., p. 358-359 ; Martou, II, 770 ; Laurent, XXX, 266 ; Thézard, 117 ; Colmet de Santerre, IX, 82 *bis*-II ; André, 676 ; Thiry, IV, 459 ; Guillouard, II, 719 ; Lepinois, III, 1303 ; Beudant, II, 601 ; Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, 114 ; Planiol, II, 2834 ; Surville, II, 629. — *Contra* Pont, I, 495.

([2]) Aubry et Rau, § 264 *bis*, note 12 *in fine*, III, 5e éd. p. 359.

([3]) Delvincourt, III, p. 316 ; Persil, I, sur l'art. 2121, XXIX ; Duranton, III, 431 ; Valette, 142 ; Demolombe, *De la min.*, I, 135 et 211 ; Pont, I, 499 ; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e édit. p. 208, 5e édit. p. 358 ; Thézard, 117 ; Colmet de Santerre, IX, 82 *bis*-II ; Laurent, XXX, 264 ; Thiry, IV, 459 ; Guillouard, II, 707 ; Huc, XIII, 184 ; Lepinois, III, 1304 ; Beudant, II, 601 ; Planiol, II, 2836. — Nîmes, 24 avril 1900, D., 01. 2. 4, et sur pourvoi Req., 23 avril 1902, D., 02. 1. 309, S., 04. 1. 506. — Cf. Req., 22 nov. 1836, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 968, S., 37. 1. 83.

gation légale. La loi la déclare déchue de la tutelle et décide que son second mari sera responsable solidairement avec elle des suites de la tutelle indûment conservée. Cette responsabilité est-elle garantie par l'hypothèque légale [1]? Il faut examiner la question au point de vue de la mère et au point de vue du second mari de celle-ci.

Les biens de la mère sont-ils grevés de l'hypothèque légale à raison des actes de gestion postérieurs au nouveau mariage? Au premier abord, on pourrait être tenté d'écarter l'hypothèque légale. En effet, par cela seul qu'elle n'a pas convoqué le conseil de famille, la mère est déchue de la tutelle. Par conséquent, à partir de la célébration du second mariage, elle a cessé d'être tutrice, partant il n'y a plus d'hypothèque légale. Ce raisonnement cependant, quelque puissant qu'il paraisse, ne nous arrêtera pas. Il se heurte d'abord au texte de l'art. 395. La loi ne s'est pas contentée de prononcer la déchéance de la mère; elle a qualifié la gestion qu'elle conserve; elle l'appelle une *tutelle*. Il est donc logique d'appliquer les règles de la tutelle. Cette décision est du reste très rationnelle; la gestion qui se poursuit après le mariage n'a pas de caractère propre; elle n'est que la suite d'une gestion antérieure qui se continue. Elle participe donc de la nature de celle-ci. Cette dernière était une tutelle, il en sera de même de la première. En réalité, la mère est une tutrice qui a excédé les bornes assignées à son mandat. Mais la nature des fonctions qu'elle exerce n'est pas modifiée. C'est en qualité de tutrice qu'elle continue de gérer. C'est en qualité de tutrice qu'elle a commis la faute engageant sa responsabilité. Ses immeubles seront affectés par l'hypothèque à la sûreté de toutes ses obligations [2].

[1] Louisiane, *C. civ.*, art. 3284.

[2] Grenier, I, 280; Magnin, *Des minor.*, I, 457; de Fréminville, I, 51; Valette sur Proudhon, II, p. 289, VI; Marcadé, II, sur l'art. 395, n. 1; Demolombe, *Minor.*, I, 124; Troplong, II, 426; Pont, I, 500; Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 13, III, 4e éd. p. 209, 5e éd. p. 360; Thézard, 117; Colmet de Santerre, IX, 82 *bis*-III; Guillouard, II, 715; Lepinois, III, 1305; Baudry-Lacantinerie et Chénaux, 344; Planiol, I, 1827, II, 2837. — Req., 15 déc. 1825, *J. G*, v° *Priv. et hyp.*, 1029, S., 26. 1. 298. — Req., 27 juin 1877, D., 78. 1. 412, S., 79. 1. 55. — *Contra* Duranton, XIX, 312; Laurent, XXX, 264; Huc, XIII, 184.

La question est plus vivement controversée en ce qui concerne les immeubles du second mari. Nous croyons que si les biens de la mère sont, ainsi que nous venons de le dire, grevés de l'hypothèque légale, il doit en être de même des immeubles du second mari. L'administration indue de la mère est considérée par la loi comme une tutelle; le second mari de celle-ci doit être traité comme un cotuteur. On ne comprendrait pas que la faute commise par la mère et à laquelle le second mari a participé eût pour résultat de priver le mineur de la garantie jugée indispensable par la loi si on en avait observé les dispositions. La mère maintenue dans la tutelle aurait eu pour cotuteur son second mari, et les immeubles de celui-ci auraient été grevés de l'hypothèque légale. La loi a été violée, et pour ce motif les immeubles du second mari seraient libérés de toute charge ! C'est d'autant moins admissible que la loi lui impose une responsabilité solidaire. Elle définit même la gestion dont il est responsable. Elle l'appelle une tutelle indue. Il est donc responsable comme il le serait d'une tutelle régulière, c'est-à-dire personnellement et hypothécairement. Les tiers du reste n'éprouvent de cette décision aucun préjudice, dont la considération puisse nous arrêter. Ils sont présumés par la loi avoir eu connaissance de l'ouverture de la tutelle et du second mariage de la mère. Ils ont dû rechercher s'il avait été nommé un nouveau tuteur. En l'absence de tout acte de nomination, ils ont dû penser que la mère avait été maintenue dans la tutelle, que son second mari avait été nommé cotuteur. Ils ont donc dû avoir connaissance de l'hypothèque qui frappait ses biens. Ils n'ont pas été induits en erreur. Ils ne peuvent pas se plaindre. Ils ne peuvent pas se faire de l'irrégularité commise une arme contre le mineur, dont la loi a pris en mains les intérêts [1].

[1] Pothier, *Hypoth.*, 28; Persil, I, sur l'art. 2121, XXXII; Grenier, I, 380; Troplong, II, 426; Taulier, VII, p. 287; Magnin, *Des minor.*, I, 457; de Fréminville, I, 51; Demolombe, *Minor.*, I, 128; Martou, II, 768; Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 14, III, 4e éd. p. 210, 5e éd. p. 360; Thézard, 117; André, 680; Guillouard, II, 717; Lepinois, III, 1306; Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, 345; Planiol, II, 2837. — Paris, 22 déc. 1822, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1030, S., 34. 2. 231, à la note. — Poitiers, 28 déc. 1824, S., 25. 2. 51. — Nîmes, 30 nov. 1831, *J. G.*,

1188. La situation du mineur étranger donne lieu à une très grave difficulté (1) semblable d'ailleurs à celle que nous avons examinée pour la femme mariée étrangère (2). Les opinions, que nous avons exposées alors, se reproduisent quand il s'agit de savoir si le mineur étranger a une hypothèque légale sur les immeubles de son tuteur situés en France. Il nous paraît inutile de retracer les éléments de cette controverse. Un parti considérable dans la doctrine accorde quoiqu'avec certaines distinctions sur lesquelles il est superflu de revenir, une hypothèque légale au mineur étranger (3). La jurisprudence et de nombreux auteurs se prononcent en sens contraire. La jurisprudence fonde sa théorie sur l'art. 11 et apporte au principe qu'elle pose les deux exceptions dont nous avons déjà parlé (4).

1188 I. On sait que, d'après une jurisprudence dont nous n'avons pas à apprécier ici le mérite, la tutelle d'un mineur étranger est quelquefois dévolue d'après la loi française. C'est ainsi que la femme française qui, devenue étrangère par son mariage avec un étranger, recouvrait de plein droit sa nationalité d'origine lorsqu'au décès de son mari elle résidait en France (art. 19) (5), se trouvait investie de la tutelle légale de

v° *Minor.*, 109, S., 32. 2. 139. — Colmar, 26 nov. 1833, S., 34. 2. 231. — Civ. cass., 14 déc. 1836, *J. G.*, v° *Disp. entre vifs*, 351, S., 37. 1. 88. — Req., 27 juin 1877, D., 78. 1. 412, S., 79. 1. 55. — *Contra* Delvincourt, I, p. 217; Duranton, III, 426; Valette sur Proudhon, II, p. 290, VII; Marcadé, II, sur l'art. 395; Laurent, XXX, 264; Colmet de Santerre, IX, 82 *bis*-IV; Arntz, IV, 1753; Thiry, IV, 459. — Cpr. Pont, I, 500.

(1) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 2 additionnel.

(2) *Supra*, II, 976 s.

(3) V. not. Troplong, II, 429; Pont, I, 489; Despagnet, *Précis de dr. intern. privé*, 415-416. — Grenoble, 19 juill. 1849, D., 51. 2. 10, S., 50. 2. 261.

(4) Grenier, I, 284; Duranton, XIX, 307; Gaudry, *Rev. de législ.*, 1835, II, p. 400; Massé, II, 830; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 155, § 795, note 1; Aubry et Rau, § 78, I, 4e éd. p. 307, 5e éd. p. 519, § 264, III, 4e éd. p. 200, 5e éd. p. 346; Guillouard, II, 692-693. — Amiens, 18 août 1834, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1040, S., 35. 2. 481. — Rennes, 30 août 1845, D., 46. 2. 164, S., 45. 2. 606. — Gand, 4 juin 1846, D., 46. 2. 213. — Trib. civ. de Versailles, 13 juill. 1877, *Journ. de Clunet*, 1878, p. 41. — Trib. civ. de la Seine, 12 juill. 1883, *Journ. de Clunet*, 1883, p. 514. — Nancy, 22 juill. 1896, *Journ. de Clunet*, 1897, p. 1025. — Trib. civ. Nice, 17 juin 1901, *Journ. de Clunet*, 1901, p. 975. — Cpr. aussi Grenoble, 19 juill. 1849, cité note précédente.

(5) Cette disposition a été modifiée par la loi du 26 juin 1889, qui exige une autorisation du gouvernement.

ses enfants mineurs, quoique la loi nationale de ceux-ci ne reconnût pas de tutelle légale [1]. Dans ce cas, il semble naturel et logique d'accorder à ce mineur toutes les garanties dont la loi française entoure la tutelle, notamment l'hypothèque légale de l'art. 2121 [2].

II. *Créances garanties par l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

1189. L'art. 2121 attache l'hypothèque aux droits et créances des *mineurs et interdits* contre leur *tuteur*. Il est donc nécessaire que le mineur soit créancier en qualité de mineur et que le tuteur soit débiteur en qualité de tuteur, à raison de la tutelle qu'il a gérée. Il faudra faire figurer au nombre des créances garanties par l'hypothèque légale les sommes en capitaux et revenus touchées par le tuteur pour le compte du mineur soit au début, soit au cours de la tutelle, s'il n'en a pas été fait un emploi ou un placement régulier, spécialement dans les conditions déterminées par la loi du 27 février 1880, les sommes dont il a négligé de recevoir le paiement à l'échéance et qui se trouvent perdues pour le pupille soit par suite d'une prescription accomplie, soit par suite de l'insolvabilité du débiteur survenue postérieurement, les dommages-intérêts que le tuteur aurait encourus pour négligences ou fautes commises dans l'administration du patrimoine pupillaire. En d'autres termes, l'hypothèque garantit le paiement de tout ce que le tuteur doit au mineur ou à l'interdit *par son compte de tutelle*, comme dit Domat, c'est-à-dire le paiement de toute dette dont il est devenu débiteur envers le mineur ou l'interdit *tanquam tutor*, et qu'il a dû faire figurer à ce titre dans son compte de tutelle. Finalement l'hy-

(1) Civ. rej., 13 janv. 1873, D., 73. 1. 297, S., 73. 1. 13.

(2) Aubry et Rau, § 78, texte et note 66, I, 4e éd. p. 307, 5e éd. p. 519. — Bourges, 4 août 1874, S., 75. 2. 69, *Journ. de Clunet*, 1876, p. 31. — Bordeaux, 23 juil. 1897, D., 01. 2. 265 (Note de M. Bartin), S., 00. 2. 89 (Note de M. Audinet). — L'art. 18 de l'avant-projet de la sous-commission juridique de la commission extra-parlementaire du cadastre propose d'accorder aux mineurs étrangers une « hypothèque légale sur les biens de leur tuteur situés en France, lorsque cette » hypothèque leur est attribuée par la loi de leur pays ».

pothèque garantit le paiement du reliquat de ce compte [1].

1189 I. L'hypothèque légale garantit-elle le paiement des dettes, dont le tuteur était débiteur envers le mineur au moment de son entrée en fonctions, et qui par conséquent ont une cause étrangère à sa gestion ? Nous répondrons affirmativement, si la dette est devenue exigible pendant le cours de la tutelle ; car, à dater de ce moment, le tuteur a dû se payer à lui-même, *a semetipso exigere debuit,* et placer les deniers pour le compte du mineur ; sa responsabilité de tuteur est donc engagée. C'est la solution contraire qui devra être admise, si la dette n'est pas venue à échéance pendant la durée des fonctions du tuteur ; car alors il n'a jamais été débiteur *tanquam tutor.* Sa dette ne doit pas figurer dans son compte de tutèlle ; à quel titre serait-elle donc garantie par l'hypothèque légale [2] ?

Cependant, si cette créance était garantie par une hypothèque conventionnelle et que le tuteur eût négligé de la faire inscrire ou de renouveler en temps utile l'inscription déjà prise, sa responsabilité serait engagée et les dommages-intérêts, auxquels il pourrait être condamné de ce chef, jouiraient de la sûreté de l'hypothèque légale.

1189 II. Il en est spécialement ainsi au cas où le mineur a été investi, par voie d'héritage, d'une créance contre son tuteur, qui est devenue exigible au cours de la tutelle et que le tuteur a eu par suite l'obligation de se payer à lui-même pour le compte de son pupille [3].

[1] Req., 16 janvier 1878, D., 78. 1. 268, S., 78. 1. 338. — Bordeaux, 21 février 1893, D., 93. 2. 361. — Nîmes, 24 avril 1900, D., 01. 2. 4.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 4, n. 3 ; Persil, I, sur l'art. 2135, § 1, V ; Grenier, I, 282 ; Duranton, XIX, 317 ; Troplong, II, 427 ; Pont, I, 501 ; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 212, 5e éd. p. 363 ; Laurent, XXX, 273 ; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-I ; Thézard, 119 ; André, 687 ; Thiry, IV, 460 ; Guillouard, II, 725 ; Huc, XIII, 185 ; Lepinois, III, 1312 ; Beudant, II, p. 94, note 1 ; Planiol, II, 2840 ; Surville, II, 630. — Turin, 25 janvier 1811, S., 12. 2. 285. — Req., 12 mars 1811, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1009, S., 11. 1. 227. — Paris, 26 mars 1836, *J. G.*, eod. v°, 1047, S., 36. 2. 259. — Pau, 17 juin 1837, *J. G.*, eod. v°, 1065, S., 38. 2. 161.

[3] Req., 15 novembre 1892, D., 93. 1. 37, S., 93. 1. 145. — Toulouse, 2 décembre 1896 et sur pourvoi Req., 23 novembre 1898, D., 99. 1. 88, S., 99. 1. 9. — Nancy, 2 juin 1900, D, 00. 2. 482.

1189 III. Mais il ne pourrait pas invoquer l'hypothèque légale à la garantie d'une somme que le tuteur était tenu, en vertu de la charge imposée par le legs dont il était gratifié, de laisser au mineur dans sa propre succession (1).

1190. En vertu de ces règles, le mineur pourra invoquer l'hypothèque légale pour obtenir le paiement soit des sommes d'argent dont son tuteur lui aurait fait donation pendant la tutelle (2), soit des dommages-intérêts qu'il lui devrait à raison du préjudice que lui causerait le défaut d'acceptation régulière de cette libéralité ou le défaut de transcription si elle avait pour objet des immeubles (3).

1191. La jurisprudence a fait une intéressante application de ces principes. A la suite de la liquidation des reprises de sa femme prédécédée, un père, tuteur légal de ses enfants mineurs, avait conservé entre ses mains, en qualité de donataire en usufruit, les deniers appartenant à ceux-ci. Il était, en vertu de la donation, dispensé de l'obligation de fournir caution. Au lieu de placer les capitaux sur lesquels portait son droit, il les dissipa. Lors de la cessation de l'usufruit, les enfants se prévalurent, à l'appui de leur demande en restitution, de l'hypothèque légale. Les juges leur donnèrent gain de cause (4).

On objectait que le père était comptable de ces fonds en qualité d'usufruitier et non en qualité de tuteur, et que l'art. **2121** ne pouvait être invoqué.

On répond que le père, en sa qualité de tuteur, devait veiller à la conservation du patrimoine pupillaire, qu'il devait prendre en quelque sorte contre lui-même les précautions nécessaires pour en assurer la restitution. Il avait donc com-

(1) Pont, I, 501; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 213, 5e éd. p. 365. — Douai, 4 mai 1846, D., 46. 2. 154, S., 46. 2. 470.

(2) Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 213, 5e éd. p. 364. — Rouen, 18 janvier 1839, S., 39. 2. 208.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Guillouard, II, 725. — Req., 9 déc. 1829, *J. G.*, v° *Minorité*, 729, S., 30. 1. 8.

(4) Bourges, 6 mars 1855, D., 55. 2. 300, S., 55. 2. 354. — Paris, 21 fév. 1875, S., 75. 2. 77. — Req., 16 janv. 1878, D., 78. 1. 268, S., 78. 1. 338. — Bordeaux, 18 déc. 1878, S., 79. 2. 174. — Civ. rej., 30 janv. 1883, S., 85. 1. 109. — Bordeaux, 21 fév. 1893 et sur pourvoi Civ. rej., 29 juil. 1895, D., 96. 1. 107, S., 97. 1. 38.

mis une faute ; il devait en qualité de tuteur la réparation du préjudice dont il était l'auteur, et cette créance était garantie par l'hypothèque légale (1).

1191 I. Le règlement intervenu entre le père et les enfants avait, dans cette hypothèse, nové la créance des reprises et entraîné l'extinction de l'hypothèque légale de la femme. Mais il arrive quelquefois qu'il ne se produit aucune liquidation ; dans ce cas, les enfants mineurs sont investis d'une double hypothèque légale. En qualité d'héritiers de leur mère, ils ont le droit d'invoquer l'hypothèque légale qui appartenait à celle-ci; en leur nom personnel, ils ont une hypothèque légale contre leur tuteur pourvu que cette créance puisse être considérée comme un des éléments du compte de tutelle (2). Chacune de ces garanties présente ses avantages. Les enfants invoqueront, suivant les circonstances, celle qui sauvegardera le mieux leurs intérêts. L'hypothèque légale de leur mère leur donnera un rang plus avantageux et pourra même remonter à la date de la célébration du mariage ; elle atteindra tous les immeubles du mari, même ceux qui ont été aliénés pendant le mariage et qui, à ce titre, ne sont pas atteints par l'hypothèque légale des mineurs. Cette dernière offre d'autres avantages particuliers ; elle n'est pas exposée, en cas de faillite, aux limitations édictées par l'art. 563 C. co. (3), elle est dispensée d'inscription pendant toute la durée de la minorité et pendant l'année qui en suit la cessation. La jurisprudence a cependant décidé qu'elle ne pouvait être exercée à l'encontre de la subrogation consentie dans son hypothèque légale par la femme dont les enfants seraient héritiers, en tant qu'il s'agit du paiement du capital des droits et reprises de leur mère (4).

1192. Lorsque le tuteur a vendu, sans observer les formalités légales, des immeubles appartenant à son pupille, celui-

(1) Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 23, III, 4e éd. p. 213, 5e éd. p. 364 ; Pont, I, 501 ; Laurent, XXX, 275 ; Guillouard, II, 726 ; Beudant, II, p. 94, note 2.

(2) Civ. cass., 5 déc. 1900, D., 01. 1. 213, S., 04. 1. 219.

(3) *Infra*, II, 1194 I.

(4) Riom, 3 août 1863, D., 63. 2. 133, S., 63. 2. 171, et sur pourvoi Civ. rej., 9 août 1865, D., 66. 1. 32, S., 65. 1. 447. — Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 26, III, 4e éd. p. 214, 5e édit. p. 365-366; Guillouard, II, 729.

ci a le droit d'agir en nullité des aliénations et d'exiger des tiers détenteurs la restitution de ses immeubles. Mais il peut, s'il le préfère, ratifier les aliénations et exiger de son tuteur les prix par lui touchés. Dans ce dernier cas, il peut se prévaloir de son hypothèque légale avec tous les avantages qui y sont attachés, spécialement avec le rang que lui attribue l'art. 2135 (1).

1193. L'hypothèque légale ne garantissant que les créances du pupille contre son tuteur, il semble que les droits des parties se trouvent définitivement fixés au moment où la tutelle prend fin. L'administration que le tuteur continue n'est plus une administration tutélaire ; les droits qui peuvent naître ne sont plus les droits d'un pupille contre son tuteur. Peu importe que le mineur ait été émancipé ou soit devenu majeur. Il n'y a plus de tuteur, mais un simple *negotiorum gestor;* l'exécution de ses obligations n'est plus garantie par l'hypothèque légale (2).

Cette solution absolue blesse cependant l'équité. Si le mineur émancipé ou devenu majeur a, en droit, l'administration de son patrimoine et s'il l'acquiert à partir du jour de son émancipation ou de sa majorité, il s'écoulera, en fait, un certain temps avant qu'il puisse prendre en main la gestion de son patrimoine. Pendant ce délai, le tuteur pourvoira à toutes les nécessités de cette gestion ; il la continuera. Ne serait-il pas juste de la sanctionner par l'hypothèque légale (3) ? Cette solution a incontestablement ses avantages ; mais elle n'est pas sans danger. Elle a l'inconvénient très grave d'être

(1) Pont, I, 501 ; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 214, 5e éd. p. 366 ; Thézard, 119 ; Guillouard, II, 730 ; Huc, XIII, 185. — Dijon, 31 juil. 1824, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1029. — Toulouse, 18 déc. 1826, S., 27. 2. 242. — Grenoble, 18 juil. 1849, D., 51. 2. 10, S., 50. 2. 261.

(2) Grenoble, 16 janv. 1832, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1054. — Bourges, 28 avril 1838, *J. G.*, eod. v°, 1054. — Angers, 24 fév. 1853, D., 53. 2. 42, S., 53. 2. 289.

(3) Arrêtés de Lamoignon, *Des tutelles*, art. 130 ; Bourjon, *Dr. com. de la France*, liv. I, tit. VI, ch. II, n. 151, I, p. 65 ; Meslé, *Tr. des tutelles*, p. 131. — Aubry et Rau, § 120, I, 4e éd. p. 485, 5e éd. p. 750, et § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 214, 5e éd. p. 366, admettent cette solution en principe, mais ils y font exception pour le cas où il résulterait des circonstances que, par suite d'un nouvel accord entre les parties, il s'est opéré une interversion dans le titre auquel l'ancien tuteur a continué de gérer. — V. en faveur de cette opinion, Pau, 19 août 1850, D., 51. 2. 5, S., 50. 2. 587.

en opposition avec la loi; l'hypothèque légale atteint le tuteur; elle n'atteint que le tuteur.

Aussi croyons-nous que la question ne comporte pas de solution absolue, qu'elle doit être résolue en fait plutôt qu'en droit. Les tribunaux tiendront compte des circonstances; ils rechercheront si les actes accomplis par le tuteur se justifient par la nécessité, s'ils sont la continuation d'opérations commencées pendant la tutelle ou s'ils impliquent chez l'ancien pupille la volonté de confier à un mandataire l'administration de ses biens. Dans le premier cas, le tuteur continue d'agir comme tuteur, quoiqu'il n'en ait plus le titre; dans le second, il est dans la même situation qu'un mandataire ordinaire et il ne pourrait plus être question d'hypothèque légale (1).

1193. L'hypothèque survit à la reddition du compte de tutelle et même au paiement du reliquat et garantit le paiement des créances résultant des redressements qui peuvent être opérés; elle ne s'éteint que par la prescription de l'action en reddition ou en révision du compte (2).

III. *Biens grevés par l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit.*

1194. Comme l'hypothèque légale de la femme mariée, l'hypothèque légale du mineur est générale (art. **2122**) (3). Elle frappe les immeubles qui appartiennent au tuteur au jour de son entrée en fonctions; elle atteint ceux qu'il peut acquérir pendant la durée de la tutelle, ceux même qu'il acquiert ou qui lui adviennent après la cessation de la tutelle, mais non ceux de ses héritiers, même de ses héritiers purs et simples (4).

(1) Demolombe, *Minor.*, II, 27 à 29; Martou, II, 785; Pont, I, 502; Thézard, 119; André, 691; Guillouard, II, 727; Lepinois, III, 1314; Huc, XIII, 185. — Grenoble, 16 janv. 1832, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1053. — Angers, 23 fév. 1853, D., 53. 2. 42, S., 53. 2. 289. — Civ. cass., 9 janv. 1855, D., 55. 1. 28, S., 55. 1. 125. — Rouen, 29 mars 1870, D., 73. 2. 70. — Civ. cass., 15 fév. 1882, D., 83. 1. 111, S., 82. 1. 248. — Rapp. Civ. cass., 9 juil. 1866, D., 66. 1. 385, S., 66. 1. 381.

(2) Nancy, 2 juin 1900, D., 00. 2. 462.

(3) V. pour le droit étranger la note sur la généralité de l'hypothèque légale de la femme mariée *supra*, II, p. 110, note 3.

(4) *Supra*, II, 998 s.

1194I. Disons seulement que la faillite du tuteur est sans influence sur l'hypothèque légale du mineur. Alors même qu'il aurait été commerçant au moment de sa vocation à la tutelle, à plus forte raison alors même que, n'ayant pas alors de profession déterminée, il le serait devenu dans l'année, alors même qu'il aurait été investi de ces fonctions pendant la période suspecte, l'hypothèque n'en prendra pas moins naissance et ne s'en exercera pas moins avec toute son étendue (1).

1194II. L'hypothèque continue, même après la cessation de la tutelle, de grever pour la totalité de la créance pupillaire, chacun des immeubles du tuteur, alors même que la liquidation aurait spécialement affecté à sa garantie l'un de ses immeubles. Il n'en serait autrement que si le mineur devenu majeur n'avait eu l'intention de libérer de cette charge les autres immeubles du tuteur (2).

IV. *De la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit.*

1195. Comme l'hypothèque légale de la femme mariée, l'hypothèque légale du mineur peut être restreinte au moment de sa naissance, ou réduite pendant la durée de la tutelle. En effet, à raison de sa généralité, elle présente les mêmes dangers que l'hypothèque légale de la femme, quoique à un moindre degré cependant parce que la durée de la tutelle est limitée et a un terme dont le maximum est connu d'avance (Rapp. pour l'interdit art. 508).

Il y aura souvent une grande disproportion entre la valeur du gage hypothécaire et le montant de la créance à la sûreté de laquelle il est affecté. Pour prévenir cet inconvénient, le législateur permet de soustraire à l'hypothèque légale une partie du patrimoine du tuteur, de manière à proportionner l'étendue du gage hypothécaire à l'importance de la créance qu'il s'agit de garantir. Tel est l'objet de la restriction et de

(1) Esnault, *Faillites*, III, 590 ; Demangeat sur Bravard, V, p. 569, note 2 ; Alauzet, VIII, 2805 ; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 213, 5e éd. p. 365 ; Guillouard, II, 729 ; Thaller, 1807 ; Huc, XIII, 185. — Grenoble, 7 juin 1834, *J. G.*, v° *Faillite*, 120, S., 34. 2. 438. — Colmar, 2 fév. 1857, D., 57. 2. 61, S., 57. 2. 681.

(2) Req., 16 avril 1889, D., 92. 1. 181, S., 92. 1. 539.

la réduction de l'hypothèque légale, séparées entre elles par les différences que nous avons déjà signalées [1].

A. *Restriction de l'hypothèque légale du mineur.*

1196. Les conditions, sous lesquelles la restriction de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit peut avoir lieu, sont déterminées par l'art. **2141** : « *Il en sera de même pour* » *les immeubles du tuteur, lorsque les parents, en conseil de* » *famille, auront été d'avis qu'il ne soit pris d'inscription* » *que sur certains immeubles* » [2].

C'est dans l'acte même de nomination du tuteur que cette restriction doit être opérée. Elle est alors une des conditions de cette nomination.

Si le tuteur est présent à la délibération du conseil de famille qui lui défère la tutelle, il doit, à peine de déchéance, demander de suite la restriction. S'il est absent, il peut la demander dans le délai qui lui est accordé pour réclamer contre sa nomination (art. 439); car, en demandant la restriction, il formule, après tout, une réclamation partielle contre sa nomination [3].

A partir de ce moment, le conseil de famille ne pourrait plus, par une délibération nouvelle, restreindre l'hypothèque. Il faudrait remplir toutes les formalités prescrites pour la réduction et obtenir un jugement. Du reste, lorsqu'il s'agit de restriction, la loi s'en remet complètement à l'appréciation du conseil de famille. Il est souverain. Sa délibération n'a pas besoin d'être homologuée par justice; mais elle serait susceptible d'être attaquée, notamment pour irrégularités commises, dans les termes du droit commun [4].

Le conseil de famille, qui restreint l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, peut procéder soit par voie de *spé-*

[1] *Supra*, II, 1017 I.

[2] V. pour le droit étranger, la note sur l'art. 2140, *supra*, II, p. 137, note 1. — Monaco, *C. civ.*, art. 1981. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3306. — Haïti, *C. civ.*, art. 1908.

[3] Aubry et Rau, § 264 *bis*, note 14 *bis*, III, 5e éd. p. 361.

[4] Pont, I, 554; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 211-212, 5e éd. p. 363; Colmet de Santerre, IX, 112 *bis*-I.

cialisation, soit par voie d'*exclusion*, comme il a été dit au sujet de l'hypothèque légale de la femme mariée [1].

Dans le premier cas, les autres biens présents du tuteur et tous ses biens à venir sont affranchis de cette charge.

Dans le second cas, l'hypothèque conserve son caractère de généralité. Les immeubles exclus sont seuls dégrevés; les autres immeubles présents du tuteur et ses immeubles à venir restent frappés [2].

Après la restriction, l'hypothèque légale du mineur, comme l'hypothèque légale de la femme mariée, conserve, sauf cette modification, ses caractères particuliers et le bénéfice de ses avantages spéciaux. Elle continue notamment d'être dispensée d'inscription [3]. Mais s'il en était requis une, elle ne devrait être prise que sur les immeubles qui restent affectés (art. **2142**) [4].

Le conseil de famille ne pourrait pas décider qu'il ne sera pris aucune inscription, ni sur les immeubles présents ni sur les immeubles à venir [5]. Cela résulte de ces mots de l'art. **2141** : *Il en sera de même*, qui viennent immédiatement après cette phrase de l'art. **2140** : *Il ne pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription.*

Pour le même motif, le conseil de famille ne pourrait pas dégrever tous les immeubles présents du tuteur et décider qu'il ne pourra être pris d'inscription que sur les immeubles à venir. La loi veut qu'au moment où la restriction est opérée le mineur jouisse de garanties suffisantes. Or valider une pareille délibération serait permettre au conseil d'enlever actuellement au mineur toute sûreté en ne lui laissant que l'espoir de garanties futures plus ou moins aléatoires [6].

(1) *Supra*, II, 1021.

(2) Pont, I, 545-546; Aubry et Rau, § 264 *bis*, note 15 *in fine*, III, 4e éd. p. 211, 5e éd. p. 363-364.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Inscrip. hyp.*, § 3, n. 23; Troplong, II, 644 *bis*; Pont, I, 553; Aubry et Rau § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 211, 5e éd. p. 362; Guillouard, II, 735.

(4) Monaco, *C. civ.*, art. 1982. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3307. — Haïti, *C. civ.*, art. 1909.

(5) Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 211, 5e éd. p. 361.

(6) Merlin, *Rép.*, v° *Inscrip. hyp.*, § 3, n. 19; Persil, I, sur l'art. 2141, IV; Pont, I, 543, 544, 555; Aubry et Rau, § 264 *bis*, III, 4e éd. p. 211, 5e éd. p. 361; Guillouard, II, 732.

1197. La restriction de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit n'est possible que lorsqu'il s'agit d'une tutelle déférée par le conseil de famille. Dans la tutelle déférée par la loi, il n'y a pas d'acte de nomination du tuteur, comme l'exige l'art. 2141 ; il est par suite impossible de cantonner l'hypothèque dans les conditions déterminées rigoureusement par le texte. Dans ce cas, l'hypothèque légale atteint tous les immeubles du tuteur ; car elle naît en même temps que la tutelle et forcément avec toute l'amplitude que la loi lui donne ; il ne peut donc être question que de la faire réduire ultérieurement [1].

1197 I. Il en est de même pour la tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère. Il y a bien dans cette hypothèse un acte de nomination et on ne peut pas reproduire pour la tutelle testamentaire l'argument que nous formulions pour la tutelle légale. Il ne faudrait pas en conclure que le dernier mourant des père et mère est investi du pouvoir de restreindre l'hypothèque par sa volonté. L'art. 2141 ne le confère qu'au conseil de famille.

En vain on essaierait de prétendre que le dernier mourant des père et mère, autorisé à nommer le tuteur, jouit des mêmes droits que le conseil de famille et les exerce avec la même étendue. Nous répondrions d'une part qu'un texte formel permet au conseil de famille de restreindre l'hypothèque en nommant le tuteur et qu'il n'existe pas de texte semblable pour le dernier mourant des père et mère, d'autre part que nulle assimilation n'est possible : le conseil de famille après avoir choisi le tuteur désigne le subrogé tuteur : le dernier mourant des père et mère n'a jamais ce droit.

La décision que nous croyons être celle de la loi, se justifie facilement en raison. C'est au moment de la nomination du tuteur, au moment où l'hypothèque légale va prendre naissance, qu'il importe de faire l'appréciation comparative qu'implique la restriction de l'hypothèque légale. Or la dési-

[1] Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 17, III, 4e éd. p. 211, 5e éd. p. 362 ; Colmet de Santerre, IX, 112 *bis*-II ; Thézard, 121 ; Guillouard, II, 734 ; Laurent, XXX, 319 ; Lepinois, III, 1350 ; Planiol, II, 2842. — *Contra* Persil, I, sur l'art. 2141, II ; Pont, I, 549.

gnation d'un tuteur testamentaire peut précéder de plusieurs années la vocation de celui-ci. Les circonstances ont pu se modifier dans un sens ou dans l'autre. C'est donc répondre à la pensée protectrice du législateur que de ne pas attribuer un pareil pouvoir au survivant des père et mère [1].

Ajoutons que la restriction de l'hypothèque légale est une mesure qui rentre dans le contrôle de la tutelle et ce contrôle appartient exclusivement au conseil de famille.

1197 II. Dans ces deux hypothèses de tutelle légale et de tutelle testamentaire, le tuteur ne pourrait pas obtenir du conseil de famille la restriction de l'hypothèque légale. En effet, cette restriction est une exception au principe de la généralité de l'hypothèque écrit dans l'art. 2122. Elle ne peut donc être autorisée que sous les conditions taxativement déterminées par la loi. Or, si l'art. 2141 confère ce pouvoir au conseil de famille, il exige qu'il l'exerce dans l'acte de nomination du tuteur. Lorsqu'il s'agit d'un tuteur légal ou testamentaire, il n'y a pas d'acte de nomination auquel participe le conseil de famille. Il ne peut donc être question de restreindre l'hypothèque. La réduction seule est possible.

B. *Réduction.*

1198. Pendant la durée de la tutelle l'hypothèque légale peut être réduite. Mais il ne suffit pas d'une délibération du conseil de famille. Un jugement est indispensable. La loi craint que le conseil de famille ne cède trop facilement aux obsessions du tuteur ; elle craint que les intérêts du mineur ne soient pas sauvegardés avec assez de vigilance. De là les précautions minutieuses prises par les art. 2143 et 2145.

« *Lorsque l'hypothèque n'aura pas été restreinte par l'acte* » *de nomination du tuteur, celui-ci pourra, dans le cas où* » *l'hypothèque générale sur ses immeubles excèderait notoire-* » *rement les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que* » *cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants* » *pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur. — La*

[1] V. les autorités citées note précédente.

» *demande sera formée contre le subrogé tuteur, et elle devra* » *être précédée d'un avis de famille* » (art. 2143) [1].

En joignant à ce texte l'art. 2145 déjà reproduit [2], on voit que cinq conditions sont nécessaires pour la réduction de l'hypothèque légale du mineur.

1199. 1° *Il faut que l'hypothèque légale n'ait pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur* [3]. Pour justifier cette règle on dit généralement : Lorsqu'elle a été restreinte, l'hypothèque est devenue conventionnelle et les hypothèques conventionnelles ne sont pas susceptibles de réduction (art. 2161 *in fine*). Ce motif est satisfaisant, si la restriction a été opérée par voie de spécialisation. On peut alors assimiler, au point de vue de l'étendue, l'hypothèque légale restreinte à une hypothèque conventionnelle, bien qu'elle en diffère à d'autres égards, notamment en ce qui concerne la dispense d'inscription. Le législateur n'a pas voulu permettre une demande en réduction qui modifierait, peut-être au grand préjudice du mineur, l'accord intervenu entre les parties. Le motif qui explique cette règle est alors le même que celui qui sert à justifier la disposition de l'art. 2161. Mais nous croyons que l'art. 2161 ne peut pas être invoqué à titre d'argument, sa disposition étant, comme nous l'avons fait déjà observer [4], étrangère aux hypothèques du mineur, de l'interdit comme à celle de la femme mariée.

Cette considération n'est plus d'aucun poids, lorsque la restriction a été opérée par voie d'exclusion en désignant les immeubles affranchis. L'hypothèque conserve alors son caractère originaire de généralité. Des circonstances diverses, l'ouverture d'une importante succession immobilière à laquelle le tuteur serait appelé, peuvent donner à sa fortune immobilière une valeur de beaucoup supérieure au montant probable des créances pupillaires. Dans l'intérêt de son

(1) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 60. — Italie, *C. civ.*, art. 293. — Monaco, *C. civ.*, art. 1983. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3308-3309. — Haïti, *C. civ.*, art. 1910.

(2) *Supra*, II, 1026.

(3) Colmet de Santerre, IX, 115 *bis*-II; Guillouard, III, 1480; Aubry et Rau, § 282, III, 5e éd. p. 651.

(4) *Supra*, II, 1028.

crédit, il lui importerait de recouvrer la libre disposition d'une partie de son patrimoine. Parce que l'hypothèque a été restreinte au moment de sa nomination, la loi le lui interdit : Pourquoi ? Il nous est impossible d'en découvrir un motif même plausible. Nous expliquerons cependant la loi en disant que dans la pensée de ses rédacteurs la restriction devrait avoir lieu par voie de spécialisation. L'art. **2141** en porte avec lui la preuve indéniable. Mais la loi ne défend pas de procéder par voie d'exclusion et si l'on a eu recours à ce moyen, nous n'apercevons aucune justification de l'art. **2143**.

1199 I. Ici, comme pour l'hypothèque légale de la femme mariée [1], la loi n'a pas prévu le cas où l'hypothèque du mineur a déjà été réduite. Cela tient probablement à ce que dans la pensée du législateur la réduction doit s'opérer par voie de spécialisation. Dans ce cas aucune réduction ultérieure ne peut être nécessaire.

Mais il en est autrement dans le cas où l'on a procédé par voie d'exclusion. Si les immeubles désignés sont affranchis, l'hypothèque n'en conserve pas moins, sous cette déduction, son caractère de généralité : elle continue de frapper les autres immeubles du tuteur et ceux qui peuvent lui advenir ; si ce gage est notoirement excessif, nous ne voyons aucun motif pour repousser une nouvelle réduction qui en limiterait l'étendue [2].

1200. 2° *Il faut que le patrimoine immobilier du tuteur ait une valeur sensiblement supérieure au montant probable des créances garanties par l'hypothèque légale.* Il y a là une question de fait que le conseil de famille apprécie sous le contrôle de la justice. L'appréciation du juge est souveraine. La loi ne détermine pas, comme elle le fait pour l'hypothèque judiciaire (art. **2161**), les procédés dont les tribunaux peuvent user pour fixer la valeur du gage et décider si la garantie est excessive.

1201. 3° *La demande doit être précédée d'un avis du conseil de famille.* En aucun cas, cet avis ne lie le juge ; il ne

[1] *Supra*, II, 1027.
[2] Guillouard, III, 1497.

s'agit pas en effet, pour le tribunal, d'homologuer l'avis du conseil de famille, mais bien de statuer après avoir pris préalablement cet avis.

Il est à peine besoin de faire remarquer que le conseil de famille dont parle la loi est composé suivant les règles du titre *de la tutelle*. De même qu'il contrôle la gestion du tuteur, de même il surveille les garanties nécessaires dans l'intérêt du mineur.

1202. 4° *La demande doit être formée contre le subrogé tuteur*. Le tuteur, qui est demandeur à l'action en réduction, ne peut pas représenter le mineur, défendeur à cette même action : ce qui conduirait à dire qu'il formera la demande contre lui-même. C'est le cas de faire intervenir le subrogé tuteur, qui agit pour le mineur toutes les fois que ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420).

Il semble bien résulter de là que la demande doit être introduite en la forme contentieuse, par voie d'assignation signifiée au subrogé tuteur. L'inobservation de ces formalités entraînerait la nullité de la réduction prononcée [1].

1202 I. Le tribunal compétent nous paraît être celui du domicile de la tutelle, et non celui de la situation des biens conformément à l'art. 2159. Nous appliquons ici une règle analogue à celle que nous avons admise pour la demande en réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée [2]. Il s'agit en effet non seulement d'apprécier la valeur des immeubles du tuteur, mais encore d'évaluer le montant probable des créances du pupille. Le tribunal du domicile de la tutelle est mieux placé que tout autre pour recueillir les renseignements et statuer en connaissance de cause.

[1] Troplong, II, 638 et 644 ; Pont, I, 563 ; Thézard, 121 ; Aubry et Rau, § 282, III, 4e éd. p. 400, 5e éd. p. 652 ; Colmet de Santerre, IX, 115 *bis*-I ; Guillouard, III, 1481. — Bourges, 1er fév. 1831, *J. G.*, v° *Cont. de mar.*, 1424, S., 31. 2. 253. — Civ. cass., 3 juin 1834, *J. G.*, *eod.* v°, 2632, S., 34. 1. 434. — Paris, 11 juin 1834, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2632, S., 34. 2. 386. — La cour de cassation a décidé en conséquence qu'il y avait lieu de procéder à la nomination d'un subrogé tuteur *ad hoc* auquel la signification du jugement de réduction doit être également faite pour que les délais d'appel puissent courir (art. 444 Pr. civ.). — Req., 3 déc. 1889, D., 90. 1. 21, S., 90. 1. 261. — Guillouard, III, 1483 ; Huc, XIII, 283. — V. cep. Rodière, *Rev. de législ.*, 1835, I, p. 148.

[2] *Supra*, II, 1032.

1203. 5° *Le ministère public doit être entendu dans ses conclusions.* Il n'est d'ailleurs ici que partie jointe ; c'est le subrogé tuteur qui est partie principale. La question est cependant controversée et présente un intérêt pratique important.

1204. La demande en réduction de l'hypothèque légale du mineur a donc un caractère contentieux : le jugement qui termine l'instance aura l'autorité de la chose jugée. Il est susceptible d'être attaqué par la voie de l'appel.

Le droit d'interjeter appel appartient incontestablement au tuteur et au subrogé tuteur.

Appartient-il également au ministère public? La généralité des auteurs et la jurisprudence lui reconnaissent ce droit. Le jugement est rendu contradictoirement avec le ministère public (art. 2145). Le ministère public est donc le contradicteur du tuteur au même titre que le subrogé tuteur ; il doit avoir, comme celui-ci, le droit d'attaquer le jugement (1).

Des auteurs estiment cependant que l'action n'est alors intentée que contre le subrogé tuteur, qu'il n'est pas nécessaire d'assigner le ministère public, que la cause lui est seulement communicable (art. 83 Pr. civ.), et qu'en conséquence il n'a pas le droit d'interjeter appel du jugement (2).

La jurisprudence, qui reconnaît à la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée le caractère conventionnel, et qui logiquement est conduite à refuser alors le droit d'appel au ministère public (3), ne sera-t-elle pas amenée à dénier au ministère public le rôle de partie principale et à ne pas l'autoriser à interjeter appel, quand il s'agit de l'hypothèque légale du mineur?

1205. Après la réduction comme après la restriction, l'hy-

(1) Massabiau, *Man. du min. publ.*, I, 902 ; G. Debacq, *Act. du. min. publ. en mat. civ.*, p. 283 s. ; Pont, I, 563 et 565 ; Troplong, II, 644 ; Boulanger et de Récy, II, 668 ; Guillouard, III, 1482 ; Garsonnet et Cézar-Bru, I, § 207, note 2, p. 357. — V. *supra*, II, 1034, p. 155, note 3, les arrêts relatifs à la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée.

(2) Aubry et Rau, § 282, texte et note 10, III, 4e éd. p. 400, 5e éd. p. 652 ; Huc, XIII, 289.

(3) *Supra*, II, 1028, 1034.

pothèque légale conserve le caractère qu'elle avait antérieurement et continue d'être dispensée d'inscription [1].

1206. La restriction et la réduction de l'hypothèque légale du mineur, comme la restriction et la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée, n'ont d'ailleurs rien d'irrévocable. Ainsi le tribunal pourrait, après avoir refusé la réduction, l'accorder sur une nouvelle demande par une sentence ultérieure, à la suite de modifications survenues dans la fortune du tuteur ou dans celle du mineur [2].

De même, en sens inverse, si les sûretés étaient insuffisantes soit qu'elles le fussent dès l'origine, soit qu'elles le devinssent par suite d'événements postérieurs, le subrogé tuteur aurait le droit d'exiger des sûretés complémentaires et même de demander à la justice le rétablissement de l'hypothèque dans sa généralité primitive. La loi admet cette règle en matière d'hypothèques conventionnelles (art. 2131) et en matière d'hypothèques judiciaires réduites (art. 2164); il nous paraît juste de la suivre pour l'hypothèque légale du mineur comme pour l'hypothèque légale de la femme mariée [3], lorsqu'elle a été restreinte ou réduite. La loi veut avant tout sauvegarder les intérêts du mineur. Si elle permet la restriction ou la réduction de l'hypothèque, c'est sous la condition que ses droits ne seront pas compromis. Si cette condition cesse d'être remplie, il est nécessaire, pour répondre aux intentions du législateur, de modifier les mesures qui ont été prises [4].

Mais il est évident que les droits, acquis par les tiers sur la foi de la restriction ou de la réduction et régulièrement conservés par eux, devraient être respectés [5].

1207. Après la cessation de la tutelle, le mineur devenu majeur est capable de tous les actes de la vie civile. Mais

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Inscr. hyp.*, § 3, n. 23; Troplong, II, 644 *bis;* Pont, I, 553; Aubry et Rau, § 282, III, 4e éd. p. 403, 5e éd. p. 657; Thézard, 101. — V. aussi *supra*, II, 1037 I.

[2] Espagne, *L. hyp.*, art. 163.

[3] *Supra*, II, 1037.

[4] Pont, I, 552; Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 19, III, 4e éd. p. 212, 5e éd. p. 363, § 282, III, 4e éd. p. 403, 5e éd. p. 657; Thézard, 121; Colmet de Santerre, IX, 115 *bis*-III; Guillouard, II, 737 et III, 1500.

[5] *Supra*, II, 1037. — Cpr. Douai, 22 avril 1857, D., 58. 2. 32, D., 57. 2. 746.

l'art. 472 vient restreindre l'étendue de sa capacité en ce qui concerne son hypothèque légale. Rappelons seulement que cet article frappe de nullité tout traité intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récipissé de l'oyant compte dix jours au moins avant le traité. Cette nullité frappe non seulement les traités relatifs à la gestion tutélaire, mais encore les conventions qui auraient pour but de dégrever, dans l'intérêt du tuteur, les immeubles de celui-ci de l'hypothèque légale, en lui en donnant main-levée totale ou partielle [1].

Mais cette convention, lorsqu'elle échappe à l'art. 472, pourrait être arguée de nullité dans les termes du droit commun et, après son annulation, l'hypothèque légale recouvrerait toute sa puissance, sous la réserve des droits régulièrement acquis à des tiers et de l'application des règles de la loi sur la publicité (art. 8, L. 23 mars 1855). L'hypothèque serait même opposable aux tiers, s'il s'agissait de redressements du compte de tutelle; mais la loi du 23 mars 1855 devrait être prise en considération pour en déterminer le rang.

La réduction de l'hypothèque pourrait alors être prononcée par la justice, selon les règles de l'art. 2161. Mais, en principe, les tribunaux seront disposés à écarter de semblables demandes. L'ancien tuteur a un moyen facile de libérer ses immeubles. C'est d'exécuter ses obligations.

§ III. *Hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.*

1208. L'Etat, les communes et les établissements publics ont de tout temps été protégés par des garanties de même nature. Ces diverses personnes morales ne peuvent pas en effet administrer leurs biens par elles-mêmes, il faut de toute nécessité en confier la gestion à des administrateurs. Pour garantir cette gestion, la loi a établi une hypothèque [2].

[1] Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, 639 et les autorités qui y sont citées.
[2] Espagne, *L. hyp.*, art. 168-5°, 217-220. — Portugal, *C. civ.*, art. 916-917. —

1209. Les personnes morales auxquelles la loi attribue une hypothèque légale sont l'Etat, les communes et les établissements publics. Il faut certainement comprendre dans cette énumération les départements, dont la personnalité civile a été reconnue par le décret du 9 avril 1811 (1).

Par établissements publics on entend généralement ceux qui, selon la définition de M. Ducrocq (2), font partie intégrante de l'organisation administrative de la France ou se rattachent à certaines parties de cette organisation de la façon la plus intime. Aux établissements publics on oppose les établissements d'utilité publique. Ce sont des institutions créées en vue d'intérêts privés mais dont l'utilité générale et publique a été reconnue dans les conditions déterminées par la loi. En vertu du principe de l'interprétation restrictive, l'hypothèque légale de l'art. 2121 appartient aux établissements publics. Les établissements d'utilité publique ne peuvent prétendre à cette sûreté. Telles sont notamment les sociétés de secours mutuels (3).

Au nombre des établissements publics nous citerons les sections de communes, les hôpitaux et hospices, les bureaux de bienfaisance. On y classe aussi les monts de piété (4). Nous inclinerions vers l'opinion contraire qui n'y voit que des établissements d'utilité publique (5).

1210. Dans nos précédentes éditions nous avons discuté la question de savoir si les fabriques, les consistoires protestants et israélites avaient une hypothèque légale sur les immeubles de leurs trésoriers.

Nous avions enseigné l'affirmative en nous fondant sur ce que ces établissements étaient des établissements publics et

Cette hypothèque a été supprimée dans le canton de Berne par la loi du 26 février 1888, *Ann. de législ. étr.*, XVIII, p. 692.

(1) Aubry et Rau, § 264 *quater*, III, 4e éd. p. 248, 5e éd. p. 415; Colmet de Santerre, IX, 83 *bis*-I; Thézard, 122; Guillouard, II, 863.

(2) Ducrocq, *Dr. admin.*, II, 1333. — V. Hauriou, *Préc. de dr. admin.*, p. 478 et s.

(3) Aubry et Rau, § 264 *quater*, III, 4e éd. p. 248, 5e éd. p. 416; Laurent, XXX, 417 s.; Colmet de Santerre, IX, 83 *bis*-I; Thézard, 122; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, I, 301.

(4) Aubry et Rau, § 264 *quater*, III, 4e éd. p. 248, 5e éd. p. 415.

(5) Hauriou, *op. cit.*, p. 99-100.

se trouvaient compris dans l'art. 2121-3° et en invoquant l'art. 78 de la loi du 26 janvier 1892 qui nous avait paru résoudre la question en ce sens [1].

La loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'Etat supprime les établissements publics du culte (art. 2), ordonne la transmission de leurs biens à des associations cultuelles régies par la loi du 1er juillet 1901 et par la loi nouvelle (art. 4 et 19), abroge expressément l'art. 78 de la loi de 26 janvier 1892. Il ne peut donc plus être question d'hypothèque légale au profit de ces associations.

1211. Un auteur classe les caisses d'épargne au nombre des établissements publics et leur applique l'art. 2121 [2].

Il nous est impossible de partager cette opinion en ce qui concerne les caisses d'épargne ordinaires [3]. Les caisses d'épargne sont des établissements d'utilité publique; elles ne sont pas des établissements publics au sens propre du mot. Elles ne sont que des institutions privées; elles sont instituées dans l'intérêt des particuliers; elles ne se rattachent en aucune façon à l'organisation administrative de la France. Qu'importe que l'autorisation du gouvernement soit nécessaire pour leur fondation? Est-ce qu'avant la loi du 24 juillet 1867 les sociétés anonymes n'étaient pas soumises à la même règle? Est-ce qu'une autorisation du gouvernement n'était pas indispensable pour leur constitution? Elles n'étaient cependant que des sociétés d'intérêt privé. Qu'importe que les caisses d'épargne soient habiles à recevoir des dons et legs? Est-ce que beaucoup d'établissements d'utilité publique ne jouissent pas de la même capacité? Ils n'en constituent pas moins des sociétés privées et n'appartiennent pas à la classe des établissements publics. Qu'importe que la loi ait prescrit certaines mesures de sur-

(1) V. en sens divers les autorités citées dans notre 2e éd. note 3 de la p. 297 et note 1 de la p. 298.

(2) Pont, I, 505. — Amiens, 22 mars 1855, D., 55. 2. 306, S., 55. 2. 350, cassé par l'arrêt du 8 juillet 1856 cité à la note 1 de la page suivante.

(3) Il en serait autrement pour la caisse d'épargne postale. Hauriou, *op. cit.*, p. 96; Surville, II, 633.

veillance ? Elles ont leur raison d'être dans la volonté de protéger les intérêts des déposants contre les dangers auxquels ils sont exposés. Des considérations analogues expliquent les dispositions relatives à l'administration des sociétés anonymes (1).

1212. Après avoir déterminé les personnes au profit desquelles l'hypothèque légale est établie, nous allons rechercher les personnes dont les biens sont grevés de cette hypothèque. Elle frappe les immeubles des receveurs et des administrateurs comptables.

Nous avons déjà dit (2) que sous la dénomination de comptables, il fallait comprendre les fonctionnaires qui ont le maniement des deniers publics. C'est à ces personnes que se réfère la disposition de l'art. **2121**. Par conséquent, les ministres, les préfets, les maires, les inspecteurs des finances et de l'enregistrement, les vérificateurs, les contrôleurs ne sont pas atteints par l'hypothèque (3). De même, les comptables en matières échappent à l'application de l'art. **2121** (4).

Nous déciderons, au contraire, que les immeubles des percepteurs sont affectés de cette sûreté (5).

1213. Mais une difficulté très grave naît lorsqu'une personne autre que le comptable s'est ingérée, sans autorisation légale, dans le maniement des deniers publics. Cette gestion entraîne-t-elle l'hypothèque légale, comme les gestions patentes et régulièrement décrites?

(1) Lamache, *Rev. crit.*, 1861, XVIII, p. 385; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 170, § 797, note 1; Aubry et Rau, § 264 *quater*, III, 4e éd. p. 248, 5e éd. p. 416; Ducrocq, *Dr. admin.*, II, 1338 et 1583; Thézard, 122; Laurent, XXX, 419; Guillouard, II, 864; Lepinois, III, 1430; Hauriou, *op. cit.*, p. 96; Surville, II, 633. — Paris, 17 mars 1854, D., 54. 2. 167, S., 55. 2. 564. — Caen, 18 mai 1854, D., 54. 2. 264. S., 55. 2. 697, et sur pourvoi Civ. rej., 5 mars 1856, D., 56. 1. 121, S., 56. 1. 517. — Civ. cass., 8 juil. 1856, D., 56. 1. 278, S., 56. 1. 878.

(2) *Supra*, I, 665.

(3) Aubry et Rau, § 264 *quater*, III, 4e éd. p. 249, 5e éd., p. 417-418; Colmet de Santerre, IX, 81 *bis*-II; Thézard, 122.

(4) Merlin, *Rép.*, vo *Hypoth.*, sect. II, § 3, art. 4, n. 4; Grenier, I, 237; Troplong, I, 430; Aubry et Rau, § 264 *quater*, III, 4e éd. p. 249, 5e éd. p. 418; Colmet de Santerre, IX, 83 *bis*-II; Guillouard, II, 866; Thézard, 112; Surville, II, 633.

(5) *Supra*, I, 666; Guillouard, II, 866. — *Contra* Aubry et Rau, § 264 *quater*, III, 4e éd. p. 249, 5e éd. p. 418; Colmet de Santerre, IX, 83 *bis*-II; Thézard, 122; Surville, II, 633.

La négative semble bien favorable [1]. Les hypothèques légales sont de droit étroit. Or, l'art. 2121 n'impose cette garantie qu'aux receveurs et administrateurs comptables. Elle n'atteint donc que les personnes régulièrement investies de cette qualité. L'auteur de la gestion occulte ne réunit pas ces conditions. Donc, il ne peut être question d'hypothèque légale. Il aurait là une application des principes que nous avons déjà développés à propos de la tutelle des mineurs. Nous avons dit alors [2] que la tutelle de fait ne donne pas naissance à l'hypothèque légale.

Cette solution cependant ne nous satisfait pas et nous croyons qu'elle doit être repoussée. Elle l'était déjà par Pothier dans notre ancienne jurisprudence. Mais il se contente d'en donner ce motif : « Les faux administrateurs ne devant pas être de meilleure condition que les véritables ». Cette considération d'équité s'adresse plutôt au législateur qu'au jurisconsulte, nous l'avons écartée en ce qui concerne la tutelle de fait, nous l'écarterons également en ce qui concerne les comptabilités occultes.

Pour qu'il y eût une hypothèque, ne serait-il pas nécessaire qu'un texte permît d'appliquer l'art. 2121 à cette hypothèse? Ce texte nous le trouverions certainement pour les communes dans l'art. 155 de la loi municipale du 5 avril 1884. Il attribue la qualité de comptable à toute personne autre que le receveur municipal qui, sans autorisation légale, s'est ingérée dans le maniement des deniers de la commune. Mais nous pensons qu'une loi n'est pas nécessaire à cet effet ; il ne s'agit pas en effet de créer une hypothèque nouvelle ; il ne s'agit même pas d'étendre la disposition de l'art. 2121 à une hypothèse qu'il n'aurait pas prévue. La seule question est de savoir si le comptable occulte est un comptable et si, par suite, les deniers dont il a pris la gestion étant des deniers publics, ses immeubles sont frappés de l'hypothèque légale. Or pour conférer à une personne la qualité de comptable, pas n'est besoin, nous semble-t-il, d'un texte de loi ; un décret est par-

[1] V. Bugnet sur Pothier, *Tr. de l'hyp.*, ch. I, art. 3, n. 27, note 1 ; Huc, XIII, 186.

[2] *Supra*, II, 1182.

faitement suffisant, comme pour les nominations de fonctionnaires. Le décret du 31 mai 1862 portant règlement général de la comptabilité publique a précisément atteint ce résultat en disposant par son art. 25 : « Toute personne autre que le comptable qui, sans autorisation légale, se serait ingérée dans le maniement des deniers publics, est, par ce seul fait, constituée comptable..... Les gestions occultes..... *entraînent la même responsabilité* que les gestions patentes et régulièrement décrites ». Ce décret n'assimile pas la comptabilité occulte à une comptabilité régulière ; il décide que le comptable occulte est par cela seul investi de la qualité de comptable avec les conséquences que les lois peuvent y attacher. Nous en déduisons cette conclusion ; ses immeubles sont grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121 (1). C'est une situation analogue à celle de la femme tutrice qui s'est remariée sans convoquer le conseil de famille. La loi imprime à la gestion qu'elle continue la qualité de tutelle avec tous ses effets. Ici le décret de 1862 donne la qualité de comptable à une personne qui n'en est point investie : et la reconnaissance de cette qualité produit les même résultats qu'une investiture régulière.

1214. Quelle est l'étendue de l'hypothèque ? L'art. 2122 répond en termes absolus qu'elle est générale et frappe, comme les hypothèques de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, tous les immeubles présents et à venir du comptable (2).

Si cette disposition s'applique à l'hypothèque légale des communes et des établissements publics, il n'en est plus de même pour l'hypothèque légale de l'État. La loi du 5 septembre 1807 a modifié à cet égard les art. 2121 et 2122 ; elle a donné au Trésor public une garantie plus énergique. Nous

(1) Pothier, *De l'hyp.*, 27 ; Léon Say, *Dict. des finances*, I, v° *Comptabilité occulte*, p. 1132 s. ; Béquet, *Rép. de dr. administ.*, v° *Comptabilité de fait*, n. 401 ; de Swarte, *Tr. de la comptabilité occulte*, p. 95 et 96 ; Guillouard, II, 267 ; Beudant, II, p. 95, note 2 ; Aubry et Rau, § 264 *quater*, note 5 *quater*, III, 5e éd. p. 417-418. — V. aussi Ducrocq, cité par Batbie, *Tr. th. et prat. du droit administratif*, VII, p. 208 *ad notam*. — Bordeaux, 1er juill. 1890, S., 92. 2. 33 (Note de M. Tissier).

(2) Droit étranger, v. note sur l'art. 2122 *supra*, II, p. 110, note 3. — Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 48.

avons déjà vu (1) que l'Etat a un privilège sur certains immeubles appartenant aux comptables; nous savons que sont grevés du privilège tous les immeubles que le comptable ou sa femme, même séparée de biens, a acquis à titre onéreux depuis sa nomination (L. du 5 sept. 1807, art. 4 et 5). Tous les autres immeubles du comptable sont atteints par l'hypothèque légale, par conséquent tous les immeubles qui appartenaient au comptable lors de sa nomination et tous ceux qui lui sont advenus depuis à titre de succession ou de donation.

Les communes et les établissements publics n'ont jamais de privilège sur les immeubles de leurs comptables. La seule garantie que la loi leur accorde consiste dans une hypothèque qui est générale et frappe tous leurs immeubles présents et à venir.

1214 I. Nous ferons remarquer, en terminant, que cette hypothèque légale est soumise à la formalité de l'inscription (L. 5 septembre 1807, art. 6). A ce point de vue, elle diffère des hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit.

1214 II. On décide généralement qu'elle peut être réduite en observant les formalités de l'art. 2161. Nous reviendrons sur cette question en présentant le commentaire de cet article (2).

1215. Nous avons déjà déterminé le caractère de la plupart des autres hypothèques légales. N'étant pas comprises dans l'énumération de l'art. 2121, elles ne sont pas régies par l'art. 2122. Nous savons que l'hypothèque qui survit à l'extinction des privilèges sur les immeubles (art. 2113) (3) et que l'hypothèque légale des légataires (4) sont des hypothèques spéciales. Nous avons vu que l'hypothèque légale de la Régie des douanes est générale (5).

1216. Il faut maintenant nous expliquer sur l'hypothèque légale de la masse des créanciers du débiteur en état de faillite ou de liquidation judiciaire.

(1) *Supra*, I, 670 s.
(2) *Infra*, III, 1916.
(3) *Supra*, II, 965.
(4) *Supra*, II, 966.
(5) *Supra*, II, 968.

Cette hypothèque n'a pas seulement pour but d'assurer l'exécution du concordat. On sait qu'elle date [1] du jour de l'inscription prise en vertu du jugement déclaratif de faillite. Elle procure aux créanciers, au profit desquels elle est conservée, une cause de préférence opposable à tous ceux qui pourraient faire inscrire une hypothèque ou un privilège [2]; sans doute les inscriptions prises depuis le jugement déclaratif ne produisent aucun effet à l'égard de la masse (art. 2146 C. civ., 448 C. co.), mais cette règle ne s'applique qu'aux créanciers du failli.

En conséquence l'inscription prise en vertu de l'art. 490 peut être opposée aux créanciers d'une succession échue au failli et acceptée par lui purement et simplement si ces derniers n'ont requis inscription de la séparation des patrimoines qu'après l'expiration du délai de six mois de l'art. 2111 et si on leur reconnaît le droit d'accomplir encore utilement cette formalité sur des immeubles qui sont, à leur égard, des immeubles héréditaires et non des immeubles du failli [3]; elle confère par suite aux créanciers de la masse le droit d'être préférés aux créanciers du défunt tardivement inscrits, pourvu que l'inscription requise par les syndics soit la première en date [4].

En outre elle leur permettrait d'exercer leur hypothèque au préjudice des acquéreurs d'immeubles du failli, qui n'auraient pas, antérieurement à leur inscription, fait opérer la transcription de leur acte d'acquisition [5].

Enfin on enseigne qu'elle a pour effet « de rendre inefficaces, au regard des créanciers de la masse, les inscriptions » qui, postérieurement à celle que les syndics ont requise en » vertu de l'art. 490, auraient été prises, du chef de précédents propriétaires, sur les immeubles dont le failli se trou-

(1) *Supra*, II, 967.

(2) Aubry et Rau, § 264, note 13, III, 4e éd. p. 204, 5e éd. p. 352.

(3) *Supra*, I, 868.

(4) Req., 29 décembre 1858, D., 59. 1. 102, S., 59. 1. 210. — Aubry et Rau, § 264, note 13-2°, III, 4e éd. p. 204, 5e éd. p. 352.

(5) Aubry et Rau, § 264, note 13-3°, III, 4e éd. p. 204, 5e éd. p. 352; Lyon-Caen et Renault, VII, 279 *bis*. — *Contra* Thaller, 1575.

» vait être tiers détenteur » (1). Nous concevons des doutes sur l'exactitude de cette solution. Les créanciers hypothécaires des précédents propriétaires ne peuvent-ils pas, dans les cas où elle est requise, opposer le défaut de transcription des actes d'aliénation consentis par leurs auteurs, soutenir en conséquence que l'hypothèque de la masse ne leur est pas opposable et ne peut pas leur nuire (2) ?

1217. Sur quels immeubles porte cette hypothèque ? Si nous avions admis que ce fût une hypothèque judiciaire, la réponse serait facile. Elle frapperait, en vertu du 2e al. de l'art. **2123**, tous les immeubles présents du débiteur et ceux qu'il pourrait acquérir par la suite, même après le concordat ou la dissolution de l'union. C'est la conséquence consacrée par les arrêts qui ont vu dans cette hypothèque une hypothèque judiciaire (3).

Mais nous avons décidé (4) que c'était une hypothèque légale. Les hypothèques légales peuvent être générales ou spéciales. Il faut donc déterminer le caractère de l'hypothèque légale qui appartient à la masse des créanciers de la faillite. Certains auteurs (5) enseignent qu'elle s'étend aux immeubles que le failli peut acquérir soit après le concordat, soit après la dissolution de l'union. Mais il nous est impossible d'accepter cette solution. En principe, sous l'empire de notre code, les hypothèques sont spéciales. Pour admettre une exception à ce principe, un texte formel est indispensable. C'est ainsi que l'art. **2122** parle des immeubles qui pourront appartenir dans la suite au débiteur et l'art. **2123**, des immeubles qu'il pourra acquérir. Les art. **490** et **517** C. co., qui établissent l'hypothèque de la masse, ne disent rien de pareil. L'art. **490** C. co. n'a évidemment en vue que les immeubles présents, quand il ordonne aux syndics de prendre inscription sur les

(1) Aubry et Rau, § 264, note 13-1°, III, 4e éd. p. 204, 5e éd. p. 352; Lyon-Caen et Renault, VII, 299.

(2) *Infra*, II, 1556.

(3) Dijon, 5 août 1862, D., 62. 2. 149, S., 62. 2. 544. — Paris, 27 mai 1865, D., 65. 2. 174, S., 65. 2. 227.

(4) *Supra*, II, 967.

(5) Demangeat sur Bravard, V, p. 453, note 1 ; Boistel, 914 ; Colmet de Santerre, IX, 129 *bis*-II.

immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence, ce qui implique la spécialité de l'hypothèque et de l'inscription. L'art. 517 C. co. n'a pas une autre portée quand il décide que l'homologation conservera aux créanciers l'hypothèque inscrite en vertu de l'art. 490. Par conséquent, cette hypothèque n'est pas générale ; elle ne grève pas les immeubles présents et à venir ; elle frappe seulement les immeubles qui appartenaient au failli au moment du jugement déclaratif et ceux qui lui adviendront jusqu'au concordat (1) ou jusqu'à la dissolution de l'union (2). Cette solution est, du reste, rationnelle. L'hypothèque est accordée à la masse ; elle a pour but de conserver les intérêts collectifs de la masse et non les intérêts individuels de chacun des créanciers du failli. Il faut donc qu'au moment où l'immeuble entre dans le patrimoine du débiteur, la faillite subsiste encore et que la masse puisse acquérir des droits. Or, après le concordat et la dissolution de l'union, les fonctions des syndics cessent. Il n'y a plus de créanciers de la masse et par suite l'hypothèque ne peut plus atteindre de nouveaux biens (3).

SECTION II

DES HYPOTHÈQUES JUDICIAIRES (4).

1218. Ce n'est pas dans le droit romain qu'il faut chercher l'origine de notre hypothèque judiciaire : on a fait d'inutiles

(1) Aubry et Rau, § 264, III, 4e éd. p. 204, 5e éd. p. 352 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 278 ; Guillouard, II, 689. — Caen, 18 juil. 1886, *Journ. des faill.*, 1886, p. 430.

(2) Bravard-Veyrières, V, p. 448-449 ; Aubry et Rau, § 264, III, 4e éd. p. 205, 5e éd. p. 352-353 ; Guillouard, II, 689.

(3) Bravard-Veyrières, V, p. 448-449 ; Aubry et Rau, § 264, texte et notes 14 et 15, III, 4e éd. p. 204-205, 5e éd. p. 352-353 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 278 ; Guillouard, II, 689 ; Thaller, 1573 ; Huc, XIII, 187 ; Beudant, II, 679. — Cpr. Valabrègue, p. 456.

(4) Italie, *C. civ.*, art. 1970-1973, 1986. — Monaco, *C. civ.*, art. 1901. — Tessin, *C. civ.*, art. 861, et L. 24 octobre 1891, *Ann. de législ. étr.*, XXI, p. 772. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 111. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 14. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2034. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3289-3296, 3322 et L. 143 de 1888, *Ann. de législ. étr.*, XVIII, p. 935. — Pensylvanie, où la durée en a été limitée par une loi du 18 juin 1895, *Ann. de législ. étr.*, XXV, p. 855. — Haïti, *C. civ.*, art. 1890. — Neufchâtel, *C. civ.*, art. 1721-1723, où elle ne peut résulter que d'une

efforts pour la rattacher soit au *pignus prætorium*, soit au *pignus judiciale* : son lien de filiation avec ces deux institutions est à peu près insaisissable.

A Rome, en effet, le jugement donnait seulement naissance à l'*actio judicati* et cette action était purement personnelle ; elle n'était assortie d'aucune garantie réelle. Le *pignus prætorium* n'était pas attaché de plein droit au jugement de condamnation ; il était la conséquence de la *missio in possessionem* ordonnée par le préteur et il était subordonné à la condition d'une prise de possession effective ; il ne conférait, en règle générale, aucun droit de préférence à l'encontre des autres créanciers du débiteur et on hésita longtemps à lui reconnaître un droit de suite.

Le *pignus judiciale* remplace, à l'égard du débiteur récalcitrant mais solvable, la *missio in possessionem* employée contre le débiteur insolvable. Il consistait dans le droit accordé à tout créancier, au profit duquel était intervenu soit un jugement, soit une *confessio in jus*, d'obtenir du préteur un ordre de mise en possession à titre de gage de certains objets appartenant au débiteur. C'est une saisie partielle ; elle ne donne actuellement naissance à aucun droit réel ; mais lorsqu'elle a été exécutée, elle confère au créancier le droit de se faire payer sur le prix de ces objets par préférence aux autres créanciers. Le *pignus judiciale* se rapproche donc plutôt des voies d'exécution accompagnées d'un droit de préférence et il nous paraît plus exact d'y voir l'origine de la saisie [1].

1219. L'hypothèque judiciaire est d'origine française. On sait qu'il était de principe, dans notre ancien droit, que les obligations constatées par acte notarié emportaient de plein

disposition spéciale du jugement, rapp. art. 1729, al. 2. — Supprimée en Belgique. — N'existe ni en Espagne, ni en Portugal où elle est remplacée par un système de *prénotations* ou d'*annotations préventives*. Espagne, *L. hyp.*, art. 42-44 ; Portugal, *C. civ.*, art. 966 s. — Supprimée en Suède, mais maintenue en cas de condamnation criminelle à des dommages-intérêts, *Ann. de législ. étr.*, V, p. 815, elle y est remplacée par une hypothèque née de la saisie en vertu d'une autre loi de 1875, *Ann. de législ. étr.*, V, p. 834. — Elle n'existe pas en droit annamite. Cour d'appel de l'Indo-Chine, 29 janv. 1904, *Gaz. des Trib.*, 19 juin 1904.

[1] Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, p. 753 ; Beudant, II, 613. — V. cep. Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 912, et *Mélanges*, I, p. 360 ; Bonjean, *Tr. des actions*, II, p. 177 ; Planiol, II, 2851.

droit hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur. On fut naturellement amené à accorder la même garantie aux obligations constatées par des actes émanés de l'autorité publique comme les jugements. Ce ne fut pas de suite cependant que la règle reçut cette généralité (1).

Le premier pas (2) dans cette voie fut accompli par la Cout. de Paris de 1510. Son art. 78 était ainsi conçu : » Une cédule » privée, qui porte promesse de payer, emporte hypothèque » du jour de la confession d'icelle en jugement ». L'ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539 reproduisit dans ses art. 92 et 93 le texte de la Coutume de Paris et étendit cette disposition à toute la France. Il n'y avait plus qu'un pas à faire pour attacher au jugement de condamnation l'hypothèque, qui était la garantie de l'obligation reconnue en justice. L'injuste résistance du débiteur n'était pas logiquement un motif pour diminuer les sûretés du créancier. La réforme fut ainsi complétée par l'art. 53 de l'Ord. de Moulins de 1566 et cette règle se retrouve dans l'art. 107 de la Cout. de Paris révisée en 1580 (3).

Ainsi notre ancien droit, après avoir attaché l'hypothèque générale aux actes notariés, l'étendit d'abord à l'acte judiciaire de reconnaissance d'écriture, puis aux jugements. Telle fut la filiation des idées.

1220. L'hypothèque judiciaire fut maintenue par notre droit intermédiaire (Lois du 9 messidor de l'an III et du 11 brumaire de l'an VII). L'art. 3 de cette dernière loi porte :

(1) L'origine de l'hypothèque judiciaire est fort obscure. Il n'est pas facile de dire si, dans le très ancien droit, la préférence n'appartenait pas au créancier le plus ancien et si la rédaction d'un acte authentique n'a pas été seulement un moyen de prouver cette antériorité. S'il en était ainsi, on comprend sans peine comment l'hypothèque judiciaire a été tout d'abord la garantie des cédules privées reconnues en justice (Cout. de Paris de 1510, art. 78). On peut aussi soutenir que l'hypothèque judiciaire a été attachée aux jugements parce que, comme les actes notariés, ils avaient la force exécutoire. Ce serait sous l'empire de cette dernière idée que l'Ord. de Moulins de 1566 aurait attribué une hypothèque judiciaire au créancier porteur d'un jugement de condamnation. V. sur cette question la très curieuse et très remarquable étude de M. J. Challamel, *L'hypothèque judiciaire*.

(2) V. Planiol, II, 2877-2878.

(3) V. aussi Déclaration de 1566 ; Ordonnance de 1667, tit. XXXV ; Déclaration du 2 janvier 1717.

« L'hypothèque existe, mais à la charge de l'inscription : » 1° pour une créance consentie par un acte notarié ; 2° pour » celle résultant d'une condamnation judiciaire ; 3° pour celle » qui résulte d'un acte privé dont la signature aura été recon- » nue ou déclarée telle par un jugement... » ; et l'art. 4 ajoute : « L'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les » biens appartenant au débiteur lors du jugement... ».

Ainsi la loi de l'an VII soumet l'hypothèque judiciaire au principe de la publicité et dans une certaine mesure au principe de la spécialité ; car elle n'affecte pas les immeubles à venir.

1221. Le code civil a répudié avec raison l'héritage de notre ancien droit et du droit intermédiaire, relativement à l'hypothèque attachée aux actes notariés; mais il l'a accepté en ce qui concerne l'hypothèque résultant de l'acte judiciaire de reconnaissance d'écriture et celle attachée aux jugements, qu'il comprend l'une et l'autre sous la dénomination commune d'*hypothèque judiciaire* (art. **2117**). En outre, s'écartant des traditions de la loi de brumaire, il a restitué à cette hypothèque le caractère de généralité qu'elle avait dans notre ancien droit, en déclarant qu'elle porterait même sur les immeubles à venir (art. **2123**) ; à notre avis, c'est une étape rétrograde.

Art. **2123**. *L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications, faites en jugement des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. — Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées. — Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. — L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.*

Cette institution est, du reste, l'objet des plus vives criti-

ques sur lesquelles nous nous sommes déjà expliqués [1] et sur lesquelles il est inutile de revenir.

I. *Sources de l'hypothèque judiciaire.*

1222. L'hypothèque judiciaire peut résulter non seulement, comme l'indique l'art. 2117 : 1° des jugements [2]; 2° des actes judiciaires, mais encore 3° des sentences arbitrales. Nous rechercherons si elle est attachée aux contraintes administratives [3].

Remarquons, avant d'entrer en matière, que l'hypothèque judiciaire résulte de plein droit des jugements et autres actes dont nous venons de donner l'énumération. Il n'est pas nécessaire que des conclusions spéciales soient prises à cet effet; il n'est pas nécessaire que le jugement renferme une disposition particulière sur ce point. Le débiteur ne pourrait pas d'ailleurs se plaindre de la mention qui en serait faite dans le jugement [4].

Il va sans dire que les protestations du débiteur ne l'empêcheraient pas de prendre naissance [5].

1223. Mais le créancier pourrait-il valablement renoncer à cette hypothèque par une convention faite avec le débiteur? La négative a trouvé quelques partisans [6]. Ils se fondent principalement sur ce que l'hypothèque judiciaire est destinée à assurer l'exécution de la chose jugée, et constitue à ce titre une institution d'ordre public, sur laquelle la convention des parties est sans prise (arg. art. 6).

(1) *Supra*, I, *La Réforme*, *De l'hypothèque judiciaire*, p. LXXIX et s.

(2) Des jugements peuvent établir des hypothèques générales ou spéciales sur des biens situés en France : L. 30 juin 1838, art. 34, L. 24 juil. 1889, art. 10, ou des hypothèques spéciales sur des immeubles situés à l'étranger, sauf au bénéficiaire à obtenir l'exécution de cette décision suivant les formes et dans les conditions fixées par les lois de ce pays. Req., 3 janv. 1900, D., 01. 1. 73 (*Note* de M. E. Gaudemet), S., 00. 1. 401 (*Note* de M. Naquet).

(3) Elle ne résulte plus de l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire. Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 1466 et les autorités citées.

(4) Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 258, 5e éd. p. 433 ; Thézard, 80; Colmet de Santerre, IX, 86 *bis*-III ; Guillouard, II, 915; Huc, XIII, 193; Beudant, II, 616 ; Planiol, II, 2853. — Req., 17 déc. 1894, D., 95. 1. 193, S., 97. 1. 329.

(5) Pont, I, 590; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 258, 5e éd. p. 433 ; Colmet de Santerre, IX, 86 *bis*-III ; Guillouard, II, 915 ; Planiol, II, 2853. — Bruxelles, 9 janv. 1807, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1153, S., 7. 2. 230.

(6) Pont, I, 590.

Les défenseurs de cette opinion se sont réfutés eux-mêmes, à notre avis, en reconnaissant la validité de la convention par laquelle le créancier se serait engagé à ne pas faire inscrire son hypothèque pendant un certain délai [1]. Qui ne voit que, si le créancier peut s'obliger valablement à ne pas faire inscrire son hypothèque pendant cinq ans, dix ans, vingt ans (car où est la limite?), il peut s'interdire aussi le droit de l'inscrire à tout jamais, ou, ce qui est la même chose renoncer, même par anticipation, à son hypothèque, puisqu'elle ne peut devenir efficace que par l'inscription? Comment comprendre d'ailleurs que le créancier, qui pourrait incontestablement renoncer à la créance dont la décision du juge constate l'existence à son profit, ce qui entraînerait par voie de conséquence l'extinction de l'hypothèque (art. 2180), ne puisse pas renoncer à l'accessoire en conservant le principal? Quant à l'argument tiré de l'intérêt public, on remarquera que, si cet intérêt supérieur exige l'exécution de la chose jugée, c'est seulement lorsque le créancier peut s'en prévaloir. De même que la considération de l'intérêt public n'empêche pas le créancier de renoncer à la créance dont la justice a reconnu l'existence à son profit, de même elle ne doit pas l'empêcher de renoncer à l'hypothèque qui en est l'accessoire [2].

N° 1. Jugements [3].

1224. Le jugement est une décision rendue par un tribunal sur une contestation portée devant lui. Le jugement suppose donc un débat, un procès, et c'est par là qu'il diffère principalement de l'acte judiciaire qui intervient en l'absence de toute contestation.

Nous verrons plus loin que, parmi les actes judiciaires, un seul emporte hypothèque judiciaire. Il en est autrement pour les jugements. Toutes les décisions, qui rentrent dans l'exercice de la juridiction contentieuse, et même les ordonnances

(1) Pont, I, 530. — Orléans, 15 fév. 1854, D., 55. 2. 247 et sur pourvoi Req., 20 juin 1854, D., 54. 1. 231, S., 54. 1. 476.

(2) De Vareilles-Sommières, *De l'hyp. jud.*, p. 30 s.; Guillouard, II, 913; Huc, XIII, 193; Planiol, II, 2854.

(3) Louisiane, *C. civ.*, art. 3290-3292.

qui peuvent leur être assimilées (1) sont *susceptibles* de produire cet effet.

1225. Mais l'hypothèque judiciaire ne saurait résulter en principe des actes de la juridiction gracieuse, alors même qu'ils revêtiraient la forme extérieure d'un jugement ou pourraient acquérir l'autorité de la chose jugée.

Ainsi en est-il notamment des bordereaux de collocation délivrés dans un ordre, de l'ordonnance du juge qui colloque un créancier dans une distribution par contribution (2), à moins que sur une contestation soulevée, elle n'ait été maintenue par un jugement rendu contre l'adjudicataire (3).

De même les procès-verbaux dressés par le juge de paix siégeant en bureau de conciliation n'engendrent pas d'hypothèque judiciaire, même quand ils renferment des aveux, des conventions ou des reconnaissances d'écriture (4).

Cette solution s'applique également, pour le même motif, aux jugements d'adjudication sur expropriation forcée (5).

(1) Pont, I, 588; Aubry et Rau, § 265-2°, III, 4e éd. p. 252, 5e éd., p. 423; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. jud.*, p. 69; Guillouard, II, 887.

(2) Troplong, II, 442 *quater;* Duranton, XIX, 337 *bis;* Pont, I, 588; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 253, 5e éd. p. 423; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. jud.*, p. 84; Thézard, 77; Guillouard, II, 893; Huc, XIII, 194. — Grenoble, 28 mai 1831, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1118, S., 32. 2. 95. — Trib. civ. Saint-Gaudens, 10 fév. 1879 (sous Cass.), S., 82. 1. 337. — *Contra* Limoges, 30 juillet 1889 (avec Req., 24 déc. 1890), D., 92. 1. 183, S., 92. 1. 301.

(3) Bordeaux, 30 avril 1840, *J. G.*, eod. v°, 1120. — Req., 24 déc. 1890, D., 92. 1. 183, S., 92. 1. 301.

(4) Jollivet, *in* Fenet, XV, p. 360; Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 2, art, 4, n. 1; Grenier, I, 202; Rauter, *Cours de proc.*, § 168; Battur, II, 328; Troplong, I, 448; Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 973, et *Mélanges*, I, p. 375; Pont, I, 588; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 253, 5e éd. p. 424; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. jud.*, p. 60; Thézard, 75; Guillouard, II, 891; Huc, XIII, 194; Beudant, II, 619; Planiol, II, 2860. — Cpr. Civ. cass., 22 déc. 1806, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1175, S., 7. 1. 110.

(5) Persil, I, sur l'art. 2123, XI; Grenier, I, 200; Rauter, *Cours de proc.*, § 308; Troplong, I, 444; Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 978, et *Mélanges*, I, p. 381; Pont, I, 577; Aubry et Rau, § 265, texte et note 14, III, 4e éd. p. 253, 5e éd. p. 424-425; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. jud.*, p. 61; Colmet de Santerre, IX, 87 *bis*-II; Thézard, 77; Guillouard, II, 895; Huc, XIII, 194; Planiol, II, 2860. — Il a même été décidé que toute clause contraire devrait être considérée comme nulle et non avenue. Limoges, 3 mars 1854, D., 55. 2. 29, S., 54. 2. 316. Il semble cependant que les parties pourraient stipuler une hypothèque conventionnelle sous les conditions du droit commun.

1226. Nous n'hésitons pas à nous prononcer dans le même sens pour les jugements portant nomination d'un curateur à succession vacante, d'un administrateur aux biens d'un absent, d'un administrateur provisoire aux biens d'un aliéné ou de celui dont on poursuit l'interdiction [1], d'un conseil judiciaire. Ce sont là des actes de la juridiction gracieuse. A ce titre, il ne saurait être question d'hypothèque judiciaire, garantissant les obligations qui pourront naître ultérieurement de la gestion de ces mandataires. On peut en outre invoquer un autre motif à l'appui de cette solution. Comme nous le dirons, pour qu'un jugement produise une hypothèque judiciaire, il faut qu'il contienne une condamnation à l'exécution d'une obligation ; or il est manifeste que les jugements qui nomment un administrateur de la fortune d'autrui n'imposent aucune obligation : ni celle de gérer, car l'administrateur nommé est libre de ne pas accepter la mission qui lui est confiée, ni par suite celle de rendre compte et de payer le reliquat, car ces dernières supposent que la gestion a été entreprise et par suite acceptée. En d'autres termes, l'obligation de gérer ne résultera pour l'administrateur que de son acceptation, et c'est sa gestion qui entraînera l'obligation de rendre compte et celle de payer le reliquat. D'ailleurs, quand il serait vrai que l'obligation de gérer résulte du jugement qui nomme l'administrateur, l'hypothèque judiciaire ne garantirait en tout cas que le paiement des dommages et intérêts résultant du défaut de gestion, et serait complètement étrangère à l'obligation de rendre compte et de payer le reliquat.

Indiquons encore deux autres arguments à l'appui de notre solution.

Le premier, tiré de l'art. 34 de la loi du 30 juin 1838, est décisif. Ce texte permet au tribunal d'établir, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, une hypothèque, générale

[1] Persil, I, sur l'art. 2123, XIII ; Troplong, I, 440 ; Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 976 et 977 et *Mélanges*, I, p. 379 ; Pont, I, 575 ; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. jud.*, p 62 s. ; Aubry et Rau, § 265, texte et note 13, III, 4e éd. p. 253, 5e éd. p. 424 ; Thézard, 77 ; Guillouard, II, 894 ; Huc, XIII, 194 ; Planiol, II, 2860. — Bordeaux, 25 mars 1834, S., 34. 2. 373. — *Contra* Paris, 12 déc. 1833, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1124, S., 34. 2. 103.

ou spéciale, sur les biens de l'administrateur qu'il nomme à la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés. Evidemment, c'est là une disposition de faveur pour l'aliéné ; se comprendrait-elle, si la règle était que le jugement, qui nomme un administrateur de la fortune d'autrui, grève d'une hypothèque générale les biens de cet administrateur? On aurait donc alors restreint le droit commun à l'égard des aliénés ?

Le second argument nous est fourni par les travaux préparatoires. Le projet mentionnait comme sources de l'hypothèque judiciaire « les jugements qui établissent des gardiens, » des séquestres ou des cautions judiciaires » ; or cette partie du texte a été supprimée de la rédaction définitive.

1227. Il ne suffit pas, comme nous venons de le dire, qu'un jugement ait été rendu en matière contentieuse pour donner naissance à une hypothèque judiciaire. Malgré l'apparente généralité des art. **2117** et **2123**, ce serait une erreur de croire que tous les jugements produisent l'hypothèque judiciaire. Il est, en effet, indispensable pour cela qu'ils renferment une condamnation, qu'ils condamnent l'une des parties à l'exécution d'une obligation, qu'ils constituent par suite l'un des plaideurs créancier de l'autre (1). C'est bien évident ; car l'hypothèque, étant un droit accessoire, ne peut se soutenir qu'autant qu'elle se rattache à une créance (art. **2114**). Ainsi, le jugement qui annule une saisie-revendication d'un fonds de commerce et ordonne le déguerpissement du gardien établi par le revendiquant n'emporte pas hypothèque (2) ; il en est de même du jugement qui statue sur une question de compétence ou sur une question d'état, sauf pour les dépens (3).

Cette solution est en harmonie avec la tradition historique, à laquelle les rédacteurs du code n'ont pas manifesté la volonté de déroger. D'après l'ordonnance de Moulins, l'hypothèque est acquise « à l'instant de la *condamnation* sur les

(1) Paris, 10 août 1850, D., 51. 2. 173. — Req., 13 déc. 1871, D., 72. 1. 245, S., 71. 1. 213.

(2) Req., 17 janv. 1844, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1117, S., 44.1.419.

(3) De Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 36; Beudant, II, 617.

biens du *condamné* ». L'art. 10 de la loi de messidor ne l'accorde qu'aux « jugements de *condamnation* ». Enfin la loi du 11 brumaire en fait la garantie « de la créance résultant d'une *condamnation* judiciaire ».

1228. Pour ce motif, l'hypothèque judiciaire ne saurait résulter d'un jugement qui, sur une demande en partage d'une succession, renvoie les parties devant un notaire pour procéder aux comptes qu'elles peuvent se devoir, à la formation de la masse et aux autres opérations de la liquidation (1), d'un jugement qui sur une demande en supplément de légitime se borne à ordonner les mesures nécessaires pour parvenir au partage de la succession (2), d'un jugement qui, sur la demande en paiement d'une somme d'argent, renvoie les parties, avant faire droit et sans rien préjuger, devant un arbitre rapporteur (3), d'un jugement qui ordonne une expertise (4), ou une mise en cause (5), d'un jugement qui, sans en ordonner par son dispositif l'exécution forcée, se contente de mentionner par simple énonciation dans l'un de ses considérants une obligation sur laquelle il ne s'est élevé aucun débat (6), d'un jugement qui, après avoir prononcé la dissolution ou la nullité d'une société reconnue par les parties, se borne à en ordonner la liquidation dans leur intérêt commun (7). Il en serait autrement si la partie poursuivie

(1) Aubry et Rau, § 265, texte et note 22, III, 4e éd. p. 256, 5e éd. p. 430; Pont, I, 575; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 76; Thézard, 76; Guillouard, II, 906; Huc, XIII, 195; Beudant, II, 617. — Civ. cass., 18 avril 1855, D., 55. 1. 258, S., 55. 1. 361. — Req., 22 fév. 1864, D., 64. 1. 276, S., 64. 1. 418. — Nîmes, 4 mai 1887, *Pand. franc.*, 88. 2. 334.

(2) Req., 22 février 1864, D., 64. 1. 276, S., 64. 1. 418.

(3) Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 256, 5e éd. p. 430-431; Guillouard, II, 905; Huc, XIII, 195; Planiol, II, 2860. — Paris, 26 déc. 1844, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 1114, S., 45. 2. 173. — Civ. cass., 8 déc. 1857, D., 58. 1. 87, S., 58. 1. 443. — Civ. cass., 6 mai 1868, D., 68. 1. 316, S., 68, 1. 391. — Riom, 22 déc. 1886, D., 87. 2. 230.

(4) Paris, 4 janv. 1868, D., 68. 2. 138.

(5) Toulouse, 30 juin 1840, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 1114.

(6) Civ. cass., 6 mai 1868, D., 68. 1. 316, S., 68. 1. 391. — Req., 4 août 1879, D., 81. 1. 174, S., 80. 1. 59. — Riom, 22 déc. 1886, D., 87. 2. 230.

(7) Aubry et Rau, § 265, texte et note 23, III, 4e éd. p. 256, 5e éd. p. 430; Thézard, 76; Guillouard, II, 906. — Civ. cass., 8 déc. 1857, D., 58. 1. 87, S., 58. 1. 443. — Riom, 22 déc. 1886, D., 87. 2. 230.

comme détenant des valeurs sociales avait dénié l'existence de la société [1].

1228 I. Au contraire il a été jugé que l'hypothèque judiciaire résulte de l'admission d'une créance au passif d'une faillite et le créancier auquel elle appartient aura le droit de prendre inscription sur les immeubles qui adviendront au failli après dissolution de l'union [2].

1228 II. De même il a été décidé d'une manière générale que le jugement qui homologue une liquidation et un partage, emporte, dans tous les cas sans distinction, hypothèque judiciaire pour les sommes dont l'un des copartageants est reconnu débiteur [3].

Cette solution nous inspire les doutes les plus sérieux. Si, comme la cour de cassation l'a décidé avec raison suivant nous [4], le jugement qui homologue un partage contre lequel il n'a été soulevé aucune contestation, n'a pas l'autorité de la chose jugée, s'il ne modifie pas le caractère de l'acte intervenu entre les parties, le partage homologué demeure une convention; les obligations qui en découlent sont garanties par le privilège du copartageant et il ne peut être question d'hypothèque judiciaire [5]. C'est donc seulement dans le cas où les juges auront été appelés à statuer sur un différend et où ils auront prononcé une condamnation que l'hypothèque judiciaire pourra prendre naissance.

1229. Peu importe d'ailleurs la nature de l'obligation à l'exécution de laquelle l'une des parties est condamnée envers

(1) Aubry et Rau, § 265, texte et note 21, III, 4e éd. p. 256, 5e éd. p. 449-450. — Montpellier, 7 janvier 1837, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1125, S., 38. 2. 415. — Montpellier, 2 juin 1841, *J. G., eod. loc.*, S., 42. 2. 65. — Req., 23 mars 1867, D., 68. 1. 423, S., 68. 1. 154.

(2) Aubry et Rau, § 265, III, 5e éd. p. 451; Guillouard, II, 887; Beudant, II, 617. — Req., 6 mars 1894, D., 94. 1. 489.

(3) Paris, 20 nov. 1862, D., 62. 2. 203. — *Sic* Guillouard, II, 906; Aubry et Rau, § 265, note 22 *in fine*, III, 5e éd. p. 430; Beudant, II, 617. — Un arrêt de la Chambre des requêtes du 13 juillet 1904 (*Gaz. des Trib.*, 17 déc. 1904) a décidé que le jugement d'homologation rendu dans une espèce où l'une des parties a déclaré s'en rapporter à justice est réputé avoir été rendu en matière contentieuse et est susceptible d'engendrer l'hypothèque judiciaire.

(4) V. notamment Req., 3 mai 1897, D., 97. 1. 224, S., 97. 1. 488.

(5) Planiol, II, p. 899, note 1.

l'autre. L'hypothèque judiciaire résultera donc non seulement du jugement portant condamnation à exécuter une obligation de payer une somme d'argent, mais aussi du jugement ordonnant l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire ; et, dans cette seconde hypothèse, elle garantira le paiement des dommages-intérêts dont le débiteur se rendra passible, s'il n'exécute pas son obligation (1).

1230. Il n'est pas nécessaire que la condamnation soit actuelle et d'une somme liquide et déterminée. Les droits conditionnels, éventuels ou indéterminés sont, comme les droits purs et simples, garantis par l'hypothèque judiciaire, lorsqu'il existe un jugement de condamnation (2).

La jurisprudence a fait l'application de ces principes en accordant le bénéfice de l'hypothèque judiciaire à celui qui a obtenu une condamnation à des dommages-intérêts à fournir par état (3).

1231. Le jugement qui prononce la validité d'une saisie-arrêt et ordonne au tiers saisi de vider ses mains entre celles du tiers saisissant emporte certainement hypothèque judiciaire sur les immeubles du tiers saisi (4). La jurisprudence décide qu'il donne également naissance à une hypothèque judiciaire grevant les immeubles du débiteur saisi non seulement lorsque la créance est actuellement exigible (5), mais

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, art. 5, n. 3 ; Grenier, I, 201 ; Troplong, II, 438 et 442 *bis ;* Aubry et Rau, § 265, texte et note 18, III, 4e éd. p. 255, 5e éd. p. 429 ; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. jud.*, p. 39 ; Guillouard, II, 901 ; Huc, XIII, 196 ; Beudant, II, 617 ; Planiol, II, 2857. — Req., 4 juin 1828, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1116-1°, S., 28. 1. 347.

(2) Pont, I, 574 ; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 255, 5e éd. p. 429 ; Thézard, 76 ; Colmet de Santerre, IX, 86 *bis*-III ; Guillouard, II, 887 *in fine*, 902 ; Huc, XIII, 195. — Montpellier, 7 janv. 1837, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1125, S., 38. 2. 415. — Montpellier, 2 juin 1841, *J. G.*, *eod. loc.*, S., 42. 2. 65. — Paris, 14 juil. 1859, D., 59. 5. 218. — Req., 23 mars 1867, D., 68. 1. 423, S., 68. 1. 174. — Req., 31 déc. 1867, D., 68. 1. 219, S., 68. 1. 99. — Req., 19 août 1878, D., 79. 1. 264, S., 79. 1. 29. — Req., 20 nov. 1895, D., 96. 1. 163, S., 99. 1. 503.

(3) *Sic* Huc, XIII, 195.

(4) Guillouard, II, 905 ; Aubry et Rau, § 265, III, 5e éd. p. 431 ; Huc, XIII, 197. — Req., 20 mai 1839, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1121.

(5) Guillouard, II, 905 ; Aubry et Rau, § 265, III, 5e éd. p. 431. — Cpr. Huc, XIII, 197. — Req., 1er août 1881, D., 82. 1. 416, S., 82. 1. 337 (*Note* de M. Lacointa).

même pour la sûreté des sommes qui n'étant pas actuellement échues ne deviendront qu'ultérieurement exigibles (1).

1232. Le jugement, qui condamne un comptable, un mandataire, un gérant d'affaires à rendre compte, entraîne-t-il l'hypothèque judiciaire sur ses biens? Oui; car le jugement impose ici au comptable une obligation de faire, qui se transformera en dommages-intérêts par son inexécution : c'est précisément de ces dommages-intérêts que l'hypothèque garantira le paiement.

De nombreux auteurs et la jurisprudence à leur suite, ou peut-être à leur tête, vont même plus loin et décident que l'hypothèque judiciaire, qui résulte du jugement ordonnant une reddition de compte, garantit l'obligation de payer le reliquat qui pourra être dû par le comptable (2).

Ainsi il a été jugé que le jugement qui, après avoir prononcé la dissolution d'une société, nomme l'un des associés liquidateur et lui enjoint de remettre provisoirement, pendant la liquidation, toutes ses recettes à son ancien associé, lui imposant des obligations susceptibles de devenir le principe de condamnations ultérieures, donne naissance à une hypothèque judiciaire pour la garantie de ces dettes éventuelles (3).

Le motif qu'on invoque pour justifier cette solution est que l'obligation de payer le reliquat est virtuellement imposée au comptable par le jugement qui le condamne à rendre compte. Il y a donc dans ce jugement une condamnation implicite au paiement du reliquat.

(1) Rennes, 12 janv. 1891, D., 92. 2. 24.

(2) Persil. I, sur l'art. 2121, XII; Grenier, I, 201; Duranton, XIX, 307; Pont, I, 574; Aubry et Rau, § 265, texte et note 20, III, 4e éd. p. 256, 5e éd. p. 429-430; Guillouard, II, 903, 904. — Lyon, 11 août 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1122-1°, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II. 2. 123. — Civ. rej., 21 août 1810, *J. G.*, eod. v°, 1122-2°, S., 11. 1. 29. — Paris, 16 mars 1822, *J. G.*, eod. v°, 1568-1°, S., 22. 2. 381. — Req., 4 août 1825, *J. G.*, *eod. loc.*, S., 26. 1. 122. — Colmar, 26 juin 1832, *J. G.*, eod. v°, 1122-2°, S., 32. 2. 650. — Paris, 12 déc. 1833, *J. G.*, eod. v°, 1124, S., 34. 2. 103. — Civ. rej. (sur ce point), 16 fév. 1842, S., 42. 1. 714. — Req., 19 août 1878, D., 79. 1. 264, S., 79. 1. 29.

(3) Req., 19 août 1878, D., 79. 1. 264, S., 79. 1. 29. — V. aussi Riom, 4 juillet 1864 et sur pourvoi Req., 23 mars 1867, D., 68. 1. 423.

Mais, avec ce raisonnement, le jugement qui condamne un comptable à rendre compte emportera aussi hypothèque sur les biens de celui à qui le compte est dû, car le reliquat peut exister au profit du comptable; et si l'on admet que le jugement qui le condamne à rendre compte lui impose implicitement l'obligation de payer le reliquat qui pourra exister à sa charge, on ne peut guère ne pas admettre que ce même jugement impose à l'oyant-compte l'obligation de payer le reliquat dont il sera reconnu, par le résultat du compte, débiteur envers le comptable; or cette décision violerait l'art. 2123, qui ne fait résulter l'hypothèque judiciaire des jugements qu'en *faveur de celui qui les a obtenus.*

La vérité est que le jugement qui condamne un comptable à rendre compte ne lui impose qu'une seule obligation, celle de rendre son compte, et par suite ce jugement, comme nous l'avons dit, ne produit hypothèque judiciaire que pour les dommages-intérêts qui pourront être dus à raison de l'inexécution de cette obligation. L'obligation de payer le reliquat ne résulte pas du jugement mais bien de la reddition du compte, ou plutôt de cette circonstance que le comptable a reçu plus qu'il n'a dépensé pour le compte de l'oyant. Et la preuve que l'obligation de payer le reliquat ne résulte pas du jugement, c'est que, le compte une fois rendu, l'oyant, créancier d'un reliquat, ne pourra pas en poursuivre le paiement par voie de saisie des biens du débiteur, en vertu du jugement qui a ordonné la reddition du compte; il faudra qu'il obtienne un autre jugement condamnant le comptable au paiement du reliquat constaté par le compte. C'est ce jugement, mais celui-là seulement, qui entraînera hypothèque judiciaire pour le paiement du reliquat.

Nous n'avons pas parlé jusqu'ici d'un autre argument qu'invoquent nos adversaires et qui consiste à dire que l'obligation de payer le reliquat se trouve en *germe* dans le jugement ordonnant la reddition du compte.

A supposer que la question de savoir où se trouve le germe d'une obligation puisse avoir quelque influence sur la solution de la question qui nous occupe, il est clair que ce germe se trouverait dans les actes de gestion accomplis par le compta-

ble et non dans le jugement qui le condamne à en rendre compte [1].

1233. Le jugement qui condamne un débiteur à fournir caution engendre une hypothèque. Cette hypothèque porte sur les biens du débiteur et non sur ceux de la caution ; elle garantit le paiement des dommages-intérêts qui pourront être dus en cas d'inexécution de l'obligation de fournir caution. La caution une fois fournie, l'hypothèque s'éteint parce que l'obligation est exécutée [2].

1234. Quant au jugement qui reçoit une caution judiciaire, c'est-à-dire qui déclare solvable et par suite acceptable la caution fournie par le débiteur en exécution d'une sentence judiciaire qui l'y condamne, il n'entraîne aucune hypothèque : ni sur les biens du débiteur, car c'est lui qui obtient ce jugement contre le créancier qui conteste la solvabilité de la caution, et l'hypothèque judiciaire n'existe que sur les biens de celui qui est condamné, ni sur les biens de la caution, car le jugement ne la condamne à rien. Les obligations éventuelles auxquelles se soumet la caution ne résultent pas du jugement, mais de son engagement même, de la soumission qu'elle a faite au greffe du tribunal, qui n'emporte pas hypothèque judiciaire [3].

1234 I. Il en est de même du jugement qui déclare l'équivalence des garanties offertes en remplacement de la caution *judicatum solvi*, due par un demandeur étranger [4].

1235. En résumé, si nous essayons de dégager les principes admis par les auteurs et par la jurisprudence, nous nous trouvons en présence de deux théories bien différentes.

(1) Pigeau, *Proc. civ.*, II, p. 398, n. 9 ; Troplong, II, 439 ; Taulier, VII, p. 242 ; Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 976-977, n. 7, *Mélanges*, I, p. 378-379 ; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 70 s. : Huc, XIII, 197 ; Beudant, II, 617 ; Planiol, II, 2858.

(2) De Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 74 ; Beudant, II, 619, p. 113, note 3.

(3) Persil, *Quest.*, I, p. 278 ; Troplong, II, 441 ; Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 972, n. 7, *Mélanges*, I, p. 372-373 ; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 253, 5e éd. p. 423 ; Pont, I, 588 ; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, pp. 62 et 83 ; Guillouard, II, 892 ; Beudant, II, 619 ; Planiol, II, 2860. — *Contra* Delvincourt, III, p. 158 ; Duranton, XIX, 337. — Metz, 27 août 1817, Dev. et Car., V. 2. 320.

(4) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, I, 690.

D'après l'une, l'hypothèque judiciaire ne peut résulter que d'un jugement prononçant une condamnation.

D'après l'autre, qui paraît triompher en jurisprudence et qui qui semble acceptée par la généralité des auteurs, elle s'attache à tout jugement constatant, *principaliter* et comme conséquence du débat porté devant le juge, l'existence d'une obligation pouvant donner lieu à une condamnation actuelle ou même susceptible de devenir la cause d'une condamnation future. Cette dernière théorie apparaît comme une conséquence de ce principe qu'on croit trouver dans notre ancienne jurisprudence : toute obligation constatée par acte authentique ou exécutoire est garantie par une hypothèque générale frappant tous les immeubles présents et à venir du débiteur.

Le code a répudié ce principe, puisque les actes notariés n'engendrent plus de plein droit une hypothèque générale ; l'hypothèque judiciaire a été conservée, elle a perdu sa base historique. Aussi nous verrons plus loin qu'elle a subi de graves retranchements, d'importantes restrictions ; elle ne résulte plus de tout acte judiciaire portant reconnaissance d'une obligation, mais seulement des reconnaissances d'écriture ; elle ne résulte plus de tout jugement constatant une obligation comme les jugements d'adjudication sur expropriation forcée, mais seulement de certains jugements. L'hypothèque judiciaire n'a été instituée, quoiqu'il plane quelque incertitude sur la volonté des rédacteurs du code [1], que pour assurer l'exécution des condamnations. Comme le disait Treilhard, « les tribunaux condamnent, et leurs juge- » ments sont exécutoires sur tous les biens du condamné ». L'hypothèque judiciaire n'est donc qu'une garantie accordée par la loi à un titre exécutoire ; elle ne doit donc grever que les immeubles appartenant à celui contre lequel le jugement peut être ramené à exécution. Or, pour ne prendre qu'un exemple, le jugement, qui valide une saisie-arrêt et ordonne au tiers saisi de vider ses mains entre celles du créancier saisissant, ne contient aucune condamnation contre le débi-

[1] V. notamment *Exposé des motifs*, par Treilhard : Fenet, XV, p. 454 et 455 ; Locré, XVI, p. 339, n. 12 ; *Rapport* du tribun Grenier ; Fenet, XVI, p. 497 et 498 ; Locré, XVI, p. 390, n. 27.

teur saisi, n'est pas exécutoire sur les biens de celui-ci. N'est-ce pas dépasser les limites de l'art. 2123, qui cependant ne peut être étendu au delà de ses termes, que d'autoriser le créancier à prendre dans ce cas, comme le fait la jurisprudence, inscription d'hypothèque judiciaire sur les immeubles du débiteur saisi ? Nous sommes portés à penser que la jurisprudence a exagéré la portée de l'art. 2123 et a ainsi fourni un puissant argument aux adversaires de l'hypothèque judiciaire. Il ne suffirait donc pas, dans la théorie que nous présentons, que le jugement renfermât le principe, le germe d'une condamnation future ; il ne suffirait pas qu'il constatât l'existence d'une obligation ; il faudrait qu'il renfermât une condamnation actuelle à l'exécution d'une obligation ; peu importerait d'ailleurs que le montant de cette obligation fût dès à présent liquide ou fût indéterminé (1).

1235 I. Par exception à ces règles, les jugements fixant les indemnités dues à la suite d'accidents survenus dans le travail ou à l'occasion du travail et allouées en exécution de la loi du 9 avril 1898 n'engendrent pas l'hypothèque judiciaire (art. 26). Cette garantie a paru superflue, les ouvriers victimes de ces accidents ou leurs ayants droits jouissant d'un privilège (2) ou ayant la certitude d'obtenir leur paiement de la caisse des retraites pour la vieillesse. La loi au contraire accorde à cette dernière une hypothèque judiciaire destinée à assurer l'efficacité de son recours contre les chefs d'entreprise ou les compagnies d'assurance (même art. 26).

1236. Les jugements portant condamnation entraînent l'hypothèque judiciaire, quelle que soit la juridiction dont ils émanent, son caractère particulier, sa mission spéciale (3).

Ainsi l'hypothèque judiciaire résulte non seulement des jugements de condamnation émanés des juridictions civiles (justices de paix, tribunaux civils, cours d'appel), mais aussi de ceux rendus :

Par les juridictions commerciales, c'est-à-dire par les tri-

(1) Cpr. Huc, XIII, 196.

(2) V. sur ce privilège, *supra*, I, 350 I.

(3) Aubry et Rau, § 265, texte et note 8 et s., III, 4e éd. p. 252, 5e éd. p. 422-423; Thézard, 72; Guillouard, II, 875 et 885; Beudant, II, 615; Planiol, II, 2861.

bunaux de commerce et même par les conseils de prud'hommes ;

Par les juridictions répressives, tribunaux de simple police, tribunaux correctionnels, cours d'assises, soit au profit d'un particulier pour les réparations civiles, soit au profit de l'Etat pour les amendes. Quant aux frais, le recouvrement en est garanti par un privilège [1].

Par les juridictions administratives : ministres, conseil d'Etat, conseils de préfecture (art 49 al. fin. L. 22 juillet 1889). Nous ne citons pas la cour des comptes parce que les biens des comptables qu'elle juge sont grevés d'un privilège ou d'une hypothèque légale [2].

On voit que les jugements de condamnation, rendus par les juridictions d'exception, entraînent l'hypothèque judiciaire comme ceux qui émanent des juridictions de droit commun.

1237. Peu importe aussi la forme et le caractère particulier du jugement. Ainsi l'hypothèque judiciaire peut résulter d'un jugement *avant faire droit* aussi bien que d'un jugement *définitif*. Toutefois, c'est ici le lieu de se souvenir qu'un jugement, quel qu'il soit, ne peut entraîner l'hypothèque judiciaire qu'autant qu'il prononce une condamnation ; or, parmi les jugement avant faire droit, le jugement *provisoire* est le seul qui puisse satisfaire à cette condition ; citons comme exemple le jugement condamnant le mari, dans un procès en séparation de corps ou en divorce, à payer à sa femme une provision *ad litem* et une pension alimentaire pendant toute la durée de l'instance. Quant au jugement *préparatoire* et au jugement *interlocutoire*, ils ne prononcent pas de condamnation proprement dite, mais se bornent à ordonner des mesures d'instruction, par exemple une instruction par écrit (jugement préparatoire), une enquête (jugement interlocutoire), et par suite ils ne peuvent entraîner l'hypothèque judiciaire. Aussi est-il remarquable que l'art. **2123** ne mentionne que les jugements provisoires.

De même l'hypothèque judiciaire peut résulter d'un juge-

[1] *Supra*, I, 676 s.
[2] *Supra*, I, 664 et s., II, 1208 et s.

ment en premier ressort, aussi bien que d'un jugement en dernier ressort :

D'un jugement par défaut, aussi bien que d'un jugement contradictoire [1].

1238. Elle résulterait même d'un jugement rendu par un tribunal incompétent, sans qu'il y eût lieu de distinguer, nous le croyons du moins, entre le cas d'incompétence *ratione personæ* et celui d'incompétence *ratione materiæ* [2].

Il en serait de même pour le jugement rendu par un juge dont la compétence, limitée à une certaine somme, n'aurait pas été régulièrement prorogée.

1239. Enfin, l'hypothèque judiciaire résulte aussi des jugements d'*expédient* ou jugements convenus. On appelle de ce nom des décisions rendues par un tribunal après un accord établi entre les parties et sur leur demande. Cette décision est, en définitive, l'œuvre de la volonté des parties; mais comme elle est revêtue du sceau de la justice, elle entraînera à ce titre l'hypothèque judiciaire; elle n'est d'ailleurs rendue par le juge qu'en connaissance de cause et après examen de l'affaire [3].

Mais il en est autrement des jugements par lesquels il est purement et simplement donné acte aux parties d'une déclaration ou d'une convention, si le dispositif ne prononce pas

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 2, art. 3, n. 2 et 3; Persil, I, sur l'art. 2123, XXXIII et s.; Delvincourt, III, p. 295; Grenier, I, 194; Battur, II, 327; Duranton, XIX, 338; Troplong, II, 443 *bis* et *ter* et 444; Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 926, n. VI, et *Mélanges*, I, p. 371; Pont, I, 596; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 258, 5e éd. p. 427-428; Thézard, 75, 76; Colmet de Santerre, IX, 86; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 46 s.; Guillouard, II, 897, 898; Huc, XIII, 198; Beudant, II, 615; Planiol, II, 2859. — V. *infra*, II, 1265.

(2) Persil, I, sur l'art. 2123, VI; Grenier, I, 197; Pont, I, 578; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 255, 5e éd. p. 428; de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 51 s.; Thézard, 75; Guillouard, II, 900; Huc, XIII, 198; Beudant, II, p. 109, note 3; Planiol, II, 2859. — Toulouse, 24 fév. 1821, *J. G.*, v° *Priv. et. hyp.*, 1160. — Alger, 16 fév. 1880, S., 81. 2. 107. — Civ. cass., 29 nov. 1904, *Gaz. des Trib.*, 6 et 7 mars 1905. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Hypoth.*, sect. II, § 2, art. 4; Troplong, II, 445.

(3) Battur, II, 324; Persil, I, sur l'art. 2123, XI; Rauter, *Cours de proc.*, § 161; Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 8, art. 5, n. 2; Pont, I, 577; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 254, 5e éd. p. 428; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. jud.*, p. 58; Thézard, 75; Guillouard, II, 899; Huc, XIII, 198; Beudant, II, p. 109, note 3; Planiol, II, 2859. — Toulouse, 30 août 1842, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1137, S., 45. 2. 545. — Civ. cass., 6 janv. 1845, D., 45. 1. 56, S., 45. 1. 188.

une condamnation en conséquence. Ils ne sont pas des jugements de condamnation. Ils se rapprochent des actes judiciaires et n'appartiennent pas à la classe de ceux auxquels la loi attribue une hypothèque [1].

1240. Nous avons dit que les jugements infectés d'un vice de nullité ou d'incompétence donnaient naissance à l'hypothèque judiciaire. Le créancier a donc le droit de prendre inscription sur les immeubles de son débiteur. Mais il est évident que le sort de l'hypothèque et de l'inscription est lié à celui du jugement dont elle est un des effets. Si ce jugement était ensuite rétracté, réformé, annulé ou cassé, ou s'il s'agissait d'un jugement par défaut atteint par la péremption [2], l'hypothèque serait anéantie avec sa cause et la radiation de l'inscription devrait être ordonnée. L'hypothèque ne sera définitivement acquise que lorsque le jugement aura d'une manière irrévocable l'autorité de la chose jugée [3].

Nous avons ainsi la solution d'une difficulté qui peut se produire. Un jugement de condamnation est cassé par la cour de cassation; l'hypothèque judiciaire avait été inscrite; l'affaire est renvoyée devant un autre tribunal, qui statue comme le premier. L'hypothèque judiciaire datera-t-elle de l'inscription prise en vertu du premier jugement ou seulement de la nouvelle inscription prise en vertu du second? C'est à cette dernière solution qu'il faut s'en tenir. En effet, le premier jugement a été cassé, donc mis à néant, et avec lui l'hypothèque qu'il avait produite.

Cette solution cependant ne s'applique pas sans une certaine réserve. Elle se trouve limitée par les principes que nous avons déjà posés. Elle est absolument vraie lorsque, comme nous l'avons supposé, le jugement rendu en dernier ressort a été attaqué par la voie du pourvoi en cassation et cassé par la cour suprême. Mais en serait-il de même si l'inscription avait été requise en vertu d'un jugement rendu en premier ressort, frappé plus tard d'appel, et confirmé par

(1) Thézard, 75; Beudant, II, p. 109, note 3.

(2) Alger, 28 décembre 1896, D., 98, 2. 81.

(3) Thézard, 75; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 255, 5e éd. p. 428-429; Beudant, II, 615.

l'arrêt déféré à la cour de cassation et cassé par elle ? Nous ne le croyons pas. L'arrêt de cassation anéantit bien l'arrêt de la cour d'appel, mais il replace simplement les parties dans l'état où elles étaient avant cet arrêt. Or il était intervenu entre elles un jugement en premier ressort ; en vertu de ce jugement, une hypothèque a pris naissance ; elle a été inscrite ; elle doit continuer de produire ses effets tant que la décision d'où elle résulte n'a pas été réformée. Telle était la situation des parties après le jugement ; telle elle demeure après l'appel ; telle elle doit être après la cassation de l'arrêt de la cour d'appel [1].

1241. Les mêmes principes s'appliquent au cas où le jugement a été annulé sur requête civile. La décision est alors anéantie, comme dans le cas où le jugement a été cassé. Par conséquent l'hypothèque est éteinte ; l'inscription qui a été prise ne peut produire aucun effet ; si le tribunal statuant à nouveau rend un jugement semblable au premier, une nouvelle hypothèque prendra naissance, une nouvelle inscription devra être requise et le rang de l'hypothèque sera déterminé par la date de cette inscription [2].

1242. En règle générale, l'hypothèque judiciaire résulte des jugements de condamnation à quelque époque qu'ils soient intervenus. Cependant il en est autrement en cas de faillite. Les jugements de condamnation, rendus pendant la période suspecte, c'est-à-dire depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, n'engendrent pas hypothèque pour la garantie de la dette (art. 446 C. co.), ou plus exactement l'hypothèque qui avait pris naissance se trouve frappée de nullité vis-à-vis de la masse. Il y aura rarement lieu d'appliquer la distinction que la loi fait, surtout en vue de l'hypothèque conventionnelle, suivant qu'il s'agit ou non de garantir le paiement d'une dette antérieure. Les jugements sont déclaratifs ; ils constatent l'existence d'une obligation préexistante. L'hypothèque judiciaire garantirait donc une dette antérieure ; elle sera pour ce motif entachée de nullité. La loi n'a pas voulu

(1) *Contra* Planiol, II, 2859.
(2) Planiol, II, 2859.

que les créanciers présents sur les lieux, plus facilement et plus rapidement informés de la situation du débiteur, pussent s'assurer une cause de préférence au préjudice des créanciers plus éloignés; elle a voulu faire à tous une situation égale [1].

Il résulte de ces explications que l'art. 446 C. co. ne s'applique pas à l'hypothèque judiciaire en tant qu'elle garantit le paiement des frais, auxquels le débiteur aujourd'hui en état de faillite ou de liquidation judiciaire a été condamné par application de l'art. 130 Pr. civ. La créance et l'hypothèque naissent en même temps, par le même acte, par le jugement de condamnation. L'art. 446 C. com. ne prononce pas alors la nullité de l'hypothèque [2].

Mais il en est autrement pour l'hypothèque judiciaire en tant qu'elle garantirait le paiement du capital de la dette. Peu importerait que l'obligation qui a motivé la condamnation eût sa source dans un contrat, dans un quasi-contrat, dans un délit ou dans un quasi-délit. Il n'y a pas de motif pour distinguer : dans tous les cas le danger est le même, dans tous les cas la nullité doit être encourue. Il y aurait du reste à redouter une collusion frauduleuse; le débiteur, qui ne peut pas consentir une hypothèque conventionnelle valable, se laisserait poursuivre et condamner; le créancier trouverait dans l'hypothèque judiciaire, conséquence du jugement de condamnation, une cause de préférence que la convention n'aurait pas pu lui conférer. C'est pourquoi il nous est impossible de ne pas généraliser la règle de l'art. 446 C. co. Il est vrai que la loi parle seulement de l'hypothèque qui serait la garantie de dettes antérieurement *contractées*. Mais cette expression a souvent un sens général (V. art. 14, 15, 1348 C. civ.), et comprend toutes les obligations, de quelque source qu'elles dérivent. Aussi n'hésitons-nous pas à lui donner ici une portée absolue [3].

(1) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 270, 5e éd. p. 455; Lyon-Caen et Renault, VII, 372. — Civ. rej., 19 nov. 1872, D., 73. 1. 425, S., 73. 1. 49. — Req., 18 fév. 1873, D., 74. 1. 166, S., 73. 1. 397. — Req., 17 mai 1887, D., 87. 1. 252, S., 90. 1. 519.

(2) Lyon-Caen et Renault, VII, 373; Valabrègue, 353 *ter*.

(3) Lyon-Caen et Renault, VII, 373. — Cpr. Rouen, 16 mai 1878, *J. G. Suppl.*, vo *Faillites*, 638. — Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une hypothèque

On a cependant proposé de limiter la disposition de l'art. 446 C. co. au cas où la demande aurait été formée pendant la période suspecte (1). Mais ni le texte, ni les motifs de la loi n'autorisent cette interprétation restrictive (2).

1243. Cette disposition a été édictée au profit de la masse; seule, elle peut l'invoquer. Par conséquent, dès qu'elle a cessé d'exister, notamment après la dissolution de l'union, le créancier nanti d'une hypothèque générale pourrait prendre inscription sur les immeubles qui adviendraient à son débiteur. La cour de cassation l'a ainsi décidé (3) et elle a même assimilé l'admission au passif d'une faillite à un jugement de condamnation (4). C'est une application de la théorie qui attribue l'hypothèque judiciaire à tout créancier dont le droit est constaté par un jugement. Nous nous sommes déjà expliqués sur ce point.

1244. Le jugement qui prononce une condamnation contre une commune emporte-t-il une hypothèque judiciaire sur les immeubles de son domaine privé, au moins lorsqu'elle a été régulièrement autorisée à plaider? Quoique contestée, l'affirmative nous paraît préférable. Ces biens sont incontestablement dans le commerce; ils peuvent être aliénés, vendus, échangés, prescrits. Ils sont susceptibles d'hypothèques en vertu de l'art. 2118. On admet généralement qu'ils peuvent être grevés d'une hypothèque conventionnelle (5). La logique veut qu'ils soient, en cas de condamnation, atteints par l'hypothèque judiciaire (6).

conventionnelle constituée pour sûreté d'une dette de dommages-intérêts née d'un délit. Mais les motifs de l'arrêt sont généraux et s'appliquent aussi à l'hypothèque judiciaire, que l'art. 446 C. co. soumet à la même règle que l'hypothèque conventionnelle.

(1) Bravard, V, p. 247.

(2) Demangeat sur Bravard, V, p. 247, note 1; Lyon-Caen et Renault, VII, 372; Renouard, *Faillites*, I, p. 389; Ruben de Couder, v° *Faillite*, 382.

(3) Req., 1er mars 1848, D., 48. 1. 124, S., 48. 1. 478. — Req., 18 fév. 1878, D., 78. 1. 291, S., 78. 1. 165. — Bordeaux, 25 nov. 1897, D., 98. 2. 377 (*Note* de M. de Loynes).

(4) *Supra*, 1228 I.

(5) *Contra* Seignouret, *Rev. gén. d'admin.*, 1893, II, p. 257 s.

(6) Foucart, *Dr. admin.*, III, 1765; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 177 s.; Cormenin, *Dr. admin.*, I, p. 424; Chauveau, *Code d'inst. admin.*, II, 867; Rousseau et Laisney, IV, v° *Exéc. de jug.*, 206; Guillouard, II, 928-929;

On objecte que peuvent seuls être hypothéqués les immeubles susceptibles d'être l'objet d'une saisie et d'une expropriation forcée et on justifie cette affirmation par le rapprochement des art. 2118 et 2204. Les biens des communes ne peuvent pas être saisis.

Nous avons par avance répondu à l'objection en ne donnant pas à ce principe le caractère absolu qu'on lui prête (1). Nous avons dit que dans l'art. 2118 la loi envisageait les biens en eux-mêmes, dans leur nature et indépendamment de la personne de leur propriétaire. Nous en concluons que l'hypothèque judiciaire frappe les biens compris dans l'énumération de cet article, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la condition particulière de celui auquel ils appartiennent.

Il est vrai que le créancier d'une commune ne peut pas employer les voies ordinaires d'exécution; il est obligé de recourir aux voies administratives et d'obtenir de l'administration l'inscription au budget communal du crédit nécessaire pour le désintéresser (2). Par conséquent, il est privé d'un droit qui, en thèse générale, appartient à tout créancier contre son débiteur. Il ne peut pas poursuivre l'expropriation forcée des biens de la commune. Mais si celle-ci aliène ses immeubles, ne pourrait-il pas invoquer son droit de préférence, au moins dans le cas où la vente a été autorisée par l'administration à l'effet de payer les dettes de la commune (3)? Nous croyons aussi qu'il jouirait du même droit dans le cas où l'aliénation aurait été autorisée purement et simplement. Nous serions même portés à penser qu'il pourrait exercer le droit de suite contre le tiers détenteur de l'immeuble aliéné par la commune. En résumé, l'hypothèque produirait

Aubry et Rau, § 265, III, 5e éd. p. 437; Huc, XIII, 200; Planiol, II, 2870. — Agen, 18 juin 1892, S., 94. 2. 1 et sur pourvoi Req., 18 déc. 1893, D., 94. 1. 97, S., 94. 1. 456 (*Note* de M. Michoud). — *Contra* Seignouret, *op. cit.*, p. 256; Laferrière, *Jurid. admin.*, I, 302; Brémond, *Rev. crit.*, 1893, *Nouv. sér.*, XXII, p. 645 s.; Berthélemy, *Dr. administr.*, 2e éd. p. 519, note 2; Hauriou, *op. cit.*, p. 750, note 1. — V. aussi un article de M. des Cilleuls dans *Gaz. des Trib.*, 29 juin 1894.

(1) *Supra*, II, 910.

(2) *Supra*, I, 274.

(3) *Sic*, Michoud, *Note*, dans S., 94. 2. 1.

alors tous ses effets : droit de préférence, droit de suite [1]. Le créancier serait seulement privé de la faculté de saisir et de faire vendre le bien grevé, tant que la commune en conserverait la propriété. C'est là un droit dont tous les créanciers d'un débiteur peuvent user en règle générale; mais cette voie judiciaire d'exécution est interdite lorsque le débiteur est une commune; on est obligé de recourir aux voies administratives.

1245. L'application de l'art. **2123** aux contraintes administratives donne naissance à une très vive controverse.

On appelle *contraintes* des mandements décernés par les agents de certaines administrations contre des redevables de deniers publics ou de droits fiscaux. Les contraintes ont la force exécutoire ; elles permettent, comme un titre paré, de saisir et de faire vendre les biens du débiteur. Dans certains cas, comme pour les contraintes décernées par la Régie des contributions indirectes, elles sont exécutoires nonobstant opposition ; dans d'autres, par exemple pour celles émanées de la Régie de l'enregistrement et des domaines, l'opposition suffit pour en suspendre l'exécution. Ces contraintes donnent-elles naissance à une hypothèque judiciaire? L'Etat obtient-il, en vertu de ces actes, qui ressemblent beaucoup plus à un acte de commandement qu'à un jugement, la garantie que les particuliers ne peuvent acquérir qu'en vertu d'un jugement de condamnation?

Cette question, comme celle relative à l'effet des décisions rendues par les tribunaux administratifs, donna lieu à des difficultés dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du code civil. L'une et l'autre firent l'objet de deux avis du conseil d'Etat, qui, conformément à la constitution, ont acquis force de loi en vertu de leur approbation par le chef de l'Etat et de leur insertion au bulletin des lois. Par le 1er de ces avis, qui est des 16-25 thermidor an XII, le conseil d'Etat, saisi de la question de savoir si le § 2 de l'art. 3 de la L. du 11 brumaire an VII et l'art. **2123**, qui accordent l'hypothèque aux

[1] V. en ce sens le rapport de M. le conseiller Marignan, D., 94. 1. 97 ; Guillouard, II, 929. — *Contra* Michoud, *loc. cit.*

condamnations judiciaires à la charge d'inscription, s'appliquent aux *actes de l'autorité administrative*, émet l'avis que les « condamnations et les contraintes émanées des adminis-
» trateurs, dans le cas et pour les matières de leur compé-
» tence, emportent hypothèque de la même manière et aux
» mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire ». Pour justifier cette interprétation, le conseil d'Etat dit, dans les considérants qui précèdent cet avis : « Considérant que les
» administrateurs auxquels les lois ont attribué, pour les ma-
» tières qui y sont désignées, le droit de prononcer des con-
» damnations ou de décerner des contraintes, *sont de vérita-*
» *bles juges*, dont les actes doivent produire les mêmes effets
» et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux ordi-
» naires ». Le second avis, à la date des 29 oct.-12 nov. 1811, statue sur la question de savoir « s'il peut être pris inscrip-
» tion hypothécaire en vertu des contraintes que l'art. 32 de
» la loi des 6-22 août 1791 autorise l'administration des doua-
» nes à décerner, pour le recouvrement des droits dont il est
» fait crédit, et pour défaut de rapport des certificats de dé-
» charge des acquits à caution ». Après avoir relaté les termes de l'avis des 16-25 thermidor an XII que nous venons de rapporter, le conseil d'Etat se contente de dire : « Considé-
» rant que la question proposée par le ministre est décidée
» par l'avis précité ; mais que cet avis n'a point été inséré au
» *Bulletin des lois*, et qu'il est nécessaire de lui donner la
» publicité légale afin que les parties intéressées en aient con-
» naissance, est d'avis que des ordres soient donnés par Sa
» Majesté pour que l'avis du conseil, approuvé le 25 thermi-
» dor an XII, soit inséré au *Bulletin des lois* ».

De ces documents, il résulte, sans contestation possible, qu'en cas de litige les décisions émanées des autorités administratives, conseil d'Etat, conseils de préfecture, etc., emportent hypothèque judiciaire sur les immeubles de la partie condamnée. C'est la solution que nous avons déjà admise [1]. Il en résulte également que la même garantie appartient aux contraintes décernées par la Régie des douanes, même en

[1] *Supra*, II, 1236.

l'absence de tout litige [1]. Cette hypothèque judiciaire sauvegarde les droits de la Régie des douanes pour les créances qui ne seraient pas garanties par l'hypothèque légale établie par les art. 22 et 23 du tit. XIII de la loi des 6-22 août 1791 ; elle en garantit aussi l'exécution, pour le cas où, les extraits des registres, contenant les soumissions des redevables, n'ayant pas été soumis à l'enregistrement dans le délai fixé pour les actes de notaires, l'inscription de l'hypothèque légale ne pourrait plus être utilement prise.

1246. Mais que décider en ce qui concerne les contraintes délivrées par d'autres administrations publiques, par la Régie des contributions indirectes, par la Régie de l'enregistrement et des domaines et par la Régie des contributions directes ?

Pour ce dernier cas, il est fort douteux que l'administration puisse invoquer le bénéfice de l'art. 2123 et l'hypothèque judiciaire. La contrainte, il est vrai, constate bien l'existence de la créance, mais elle n'est pas dirigée directement contre le redevable ; contre lui le titre exécutoire, c'est le rôle régulièrement émis, c'est en vertu de ce rôle que les poursuites auront lieu ; la contrainte n'est qu'une injonction adressée aux agents chargés de la poursuite [2].

Dans les autres hypothèses la majorité des auteurs [3] et un arrêt [4] admettent l'existence de l'hypothèque judiciaire ; ils appuient leur opinion sur la généralité des termes de l'avis des 16-25 thermidor an XII qui parle à la fois des condamnations et des contraintes émanées des administrateurs, qui les assimile et accorde aux dernières comme aux premiè-

[1] Req., 14 nov. 1893, D., 94. 1. 370, S., 94. 1. 397.

[2] V. Batbie, *Tr. de dr. public et admin.*, VI, p. 207, note 1 ; Serrigny, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 554 ; Aubry et Rau, § 265, note 15, III, 4e éd. p. 254, 5e éd. p. 426 ; Durieu, *Pours. en mat. de contrib. dir.*, I, p. 466 ; Surville, II, 640.

[3] Serrigny, *Tr. de l'organ., de la compét. et de la procéd. content. administ.*, III, 1341, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 554 ; Valette, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1847, IV, p. 832 s. et *Mélanges*, I, p. 317 s. ; Pont, I, 581 et 582 ; Duranton, XIX, 334 ; Foucart, *Dr. administr.*, II, 1206 ; Ducrocq, *Cours de dr. administr.*, II, 1103 ; Aubry et Rau, § 265, note 15, III, 4e éd. p. 254, 5e éd. p. 426 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 171, § 798, note 8 ; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. jud.*, p. 104 s. ; Thézard, 72 ; *Conclusions* de M. l'avocat général Chevrier, D., 81. 1. 249-251 ; Hauriou, *op. cit.*, p. 721, note 2 et p. 774, note ; Surville, II, 640.

[4] Lyon, 7 août 1829, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1111, S., 29. 2. 339.

res la même garantie hypothécaire. On fait en outre remarquer que l'avis des 29 octobre-12 novembre 1811 consacre formellement cette interprétation, attribue à l'avis de l'an XII une portée générale et se contente de faire à une hypothèse particulière l'application des principes qu'il établit.

La jurisprudence n'a pas cependant été convaincue par ces arguments. Sans doute, s'il suffisait qu'une obligation fût constatée par un acte exécutoire pour être garantie par une hypothèque, il serait logique d'attacher cette sûreté aux contraintes administratives. Tel était le principe de notre ancienne jurisprudence et il continua de s'appliquer jusqu'à la loi du 11 brumaire an VII. Mais la législation nouvelle confirmée par le code l'a répudié. Pour que l'hypothèque s'attachât aux actes administratifs, il faudrait donc un texte qui le décidât formellement. Ce texte se rencontre-t-il dans l'art. 2123? Cet article établit l'hypothèque judiciaire; il en fait la conséquence des jugements de condamnation. La contrainte administrative est-elle un jugement de condamnation? Non, puisque la partie intéressée n'est même pas appelée à se défendre; c'est seulement à la suite de l'opposition qu'elle pourra faire valoir ses droits. Les avis du conseil d'Etat semblent cependant consacrer l'opinion contraire. Ils ont force de loi. Ils doivent être suivis. C'est par conséquent sur le sens de ces avis du conseil d'Etat que se concentre le débat. Il est universellement admis que l'avis de 1811 confère à l'administration des douanes le droit de prendre inscription en vertu des contraintes qu'elle décerne. Il est incontestable qu'elle peut se prévaloir d'une hypothèque. Le seul point susceptible de faire doute à nos yeux est celui de savoir quelle est la source de cette hypothèque. S'agit-il d'une hypothèque légale établie par la loi de 1791? S'agit-il d'une hypothèque judiciaire née en vertu de l'art. 2123 et en conformité des avis du conseil d'Etat? La solution serait épineuse, mais il nous paraît superflu d'aborder ce débat; l'existence de l'hypothèque est à l'abri de toute contestation.

La difficulté se trouve ainsi limitée aux contraintes décernées par la Régie des contributions indirectes, la Régie de l'enregistrement et des domaines et peut-être la Régie des con-

tributions directes. Or, en l'absence d'un texte formel analogue à l'avis des 29 octobre-12 novembre 1811 spécial à la Régie des douanes, ces diverses administrations ne peuvent se prévaloir que de l'avis des 16-25 thermidor an XII. A ce point de vue, il est notable que le conseil d'Etat parle exclusivement des contraintes délivrées par les administrateurs remplissant les fonctions de *véritables juges*. N'est-il pas logique de subordonner à la réalisation de cette condition l'application de la décision du conseil d'Etat? N'est-il pas logique, dès lors, d'écarter l'hypothèque judiciaire toutes les fois que la contrainte n'est pas la conséquence d'un *acte de juridiction* et constitue seulement *un acte de commandement*, antérieur et par suite étranger à tout litige? C'est en ce sens que s'est prononcée la cour de cassation en matière d'enregistrement (1) et en matière de contributions indirectes (2). Cette opinion, qui nous paraît plus sûre, est appuyée dans la doctrine par d'importants suffrages (3).

1247. L'hypothèque résulte des décisions rendues par les juridictions françaises établies soit en France, soit à l'étranger. Ainsi les jugements rendus à l'étranger par les consuls français donnent naissance à une hypothèque judiciaire (4). Il n'y a pas à s'arrêter à la formule certainement défectueuse de l'art. 2123 al. 4. Les jugements rendus en pays étranger dont il parle, ce sont les jugements rendus par les tribunaux étrangers. L'art. 546 Pr. civ. emploie une formule beaucoup plus heureuse, lorsque, réglant une matière très voisine de la nôtre, celle de l'exécution des jugements, il dispose : « *Les*

(1) Civ. rej., 28 janv. 1828, *J. G.*, v° *Enreg.*, 5176, S., 28. 1. 128. — Civ. cass., 4 décembre 1899, S., 00. 1. 198. — Civ. cass., 26 février 1901, D., 01. 1. 219. — Civ. cass., 4 avril 1901, D., 01. 1. 219, S., 01. 1. 197.

(2) Paris, 16 déc. 1879, S., 80. 2. 141, et sur pourvoi Req., 9 nov. 1880, D., 81. 1. 249, S., 81. 1. 304.

(3) Troplong, II, 447; Favard de Langlade, v° *Exéc. des jug.*, § 1, n. 3; Durieu, *Pours. en matière de contr. dir.*, I, p. 466; Dumesnil, *Tr. de la législ. du Trésor public*, 557; France de Tersant, 53; Guillouard, II, 889, 890; Huc, XIII, 194; Beudant, II, 629. — Cpr. Planiol, II, 2864.

(4) D'Héricourt, *De la vente des immeubles*, ch. II, sect. II, n. 30; Persil, I, sur l'art. 2123, XXIII; Duranton, XIX, 342; Troplong, II, 452; Pont, I, 583; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 251, 5e éd. p. 421; de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 156; Thézard, 72; Guillouard, II, 877.

jugements rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2123 et 2128 du code civil ». Ce qui importe ici, c'est la nationalité du tribunal qui a rendu la sentence ; on ne se préoccupe pas du lieu où il siège.

1248. Le bénéfice de l'hypothèque judiciaire peut être invoqué par les étrangers aussi bien que par les Français. C'est par des considérations d'ordre public, dans l'intérêt supérieur de la justice, qu'elle a été créée. Peu importe la nationalité des parties ; les garanties doivent être identiques du moment où la décision émane de la même juridiction et présente les mêmes caractères (1).

1249. Nous n'avons plus à nous préoccuper que des jugements rendus par les tribunaux étrangers. L'hypothèse est prévue par l'al. 4 de l'art. **2123** ; et, d'après ce que nous venons de dire, c'est à ce cas unique que se réfère cette disposition (2). Nous en reproduisons de nouveau le texte :

« *L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements* » *rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés* » *exécutoires par un tribunal français ; sans préjudice des* » *dispositions contraires qui peuvent être dans les lois poli-* » *tiques ou dans les traités* » (3).

Il résulte tout d'abord de ce texte que deux hypothèses sont sans difficulté.

C'est, en premier lieu, lorsqu'il existe à ce sujet des traités entre la France et un pays étranger. Il ne suffirait pas qu'une convention diplomatique reconnût aux jugements français un pareil effet sur les immeubles compris dans le territoire de la nation avec laquelle le traité est intervenu. Il ne s'agit pas ici d'une application pure et simple du principe de la réciprocité diplomatique écrit dans l'art. 11 du code civil. Il faut

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 1, n. 8 ; Troplong, II, 429 ; Demangeat, *Cond. civ. des étr.*, 76 ; Soloman, *Cond. des étr.*, p. 60 ; Aubry et Rau, § 78, I, 4e éd. p. 303, 5e éd. p. 513, § 265, III, 4e éd. p. 251, 5e éd. p. 421 ; Guillouard, II, 876.

(2) V. sur ce sujet tables générales du *Journ. de Clunet*, v° *Jug. étrang.*, 229 et s.

(3) Neuchatel, *C. civ.*, art. 1723. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3294.

qu'une disposition formelle de la convention attache en France l'hypothèque judiciaire aux jugements rendus par les tribunaux de la nation bénéficiaire du traité.

Il faut d'ailleurs se conformer aux dispositions des traités. Nous avons des traités de ce genre avec la Russie (11 janvier 1787), le grand-duché de Bade (16 avril 1846) dont l'Alsace-Lorraine partage la condition (Convent. 11 déc. 1871, art. 18), avec l'Italie (24 mars 1760, déclaration 11 sept. 1860) (1), et avec la Suisse (15 juin 1869) (2).

D'après le traité conclu avec le grand-duché de Bade, les jugements rendus par les tribunaux de ce pays emportent hypothèque en France; l'inscription de l'hypothèque peut avoir lieu sur la simple présentation d'une expédition légalisée du jugement, accompagnée de l'acte de signification. L'*exequatur* n'est nécessaire que pour l'exercice du droit hypothécaire (saisie et vente des immeubles hypothéqués; demande en collocation sur le prix).

C'est, en second lieu, lorsque des lois politiques françaises attribuent cet effet aux jugements rendus par des tribunaux étrangers. Dans l'état actuel, il n'existe aucune loi politique donnant force hypothécaire en France aux jugements d'un tribunal étranger; le texte ne fait donc que consacrer la possibilité de semblables lois.

1250. En dehors de ces deux hypothèses, les jugements rendus par les tribunaux étrangers n'emportent pas par eux-mêmes et de plein droit une hypothèse judiciaire sur les immeubles situés en France. Pour qu'ils produisent cet effet, il faut qu'ils aient été *déclarés exécutoires par un tribunal français*. Cette règle est une conséquence de ce principe que l'autorité d'un souverain expire aux limites de son territoire. Les jugements sont une émanation du droit de souveraineté; ils ne peuvent produire leurs effets, la force hypothécaire comme la force exécutoire, que dans les limites où la souveraineté s'exerce. Etablir en principe que les jugements étrangers auront de plein droit en France la force exécutoire et la

(1) Application à toute l'Italie. — Montpellier, 10 juill. 1872, D., 72. 2. 240, S., 72. 2. 139.

(2) Aix, 16 déc. 1869, D., 71. 2. 15.

force hypothécaire, comme les jugements français, c'eût été consacrer pour ce cas particulier une abdication du droit de souveraineté de la France.

Cette explication de la loi est, à notre avis, loin d'être satisfaisante. Elle a en effet pour point de départ un principe que notre ancienne jurisprudence avait admis, que le code a répudié à la suite de la loi du 11 brumaire an VII. Jadis toute obligation constatée par un acte exécutoire, acte notarié, jugement, acte judiciaire, était garantie par une hypothèque générale; on comprend, dans ce système, que les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne puissent produire hypothèque, s'ils n'ont pas été déclarés exécutoires en France. Les rédacteurs du code ont repoussé le principe; ils auraient dû logiquement répudier la conséquence. Ils ne l'ont pas fait cependant. Pourquoi ? Evidemment parce que les tribunaux étrangers ne leur inspirent pas la même confiance que les tribunaux français, parce qu'ils en redoutent ou l'inexpérience ou la partialité. Peut-être même ont-ils pensé qu'il n'y avait pas même intérêt à en assurer l'exécution. Ces considérations ont agi sur l'esprit des rédacteurs de l'art. 2123. Nous en trouvons la preuve dans la formule même de l'art. 2123 al. 4, dans le rapprochement de l'art. 2128 C. civ. et de l'art. 546 Pr. civ. Le législateur a considéré l'hypothèque comme une conséquence de la force exécutoire. C'est là une conception inexacte. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette critique en commentant l'art. 2128 [1].

1251. Mais quel sera le rôle du tribunal français appelé à rendre exécutoire un jugement étranger ? C'est là une question très grave et très difficile. On paraît toutefois d'accord sur un point : c'est qu'il ne s'agit pas d'une pure formalité à remplir, d'un simple *visa* ou *pareatis,* que le tribunal français devrait donner sans examen. L'art. 2123 confie certainement au tribunal français, chargé de rendre exécutoire le jugement étranger, une mission plus sérieuse. La difficulté est de préciser en quoi elle consiste. Il s'est produit sur ce point trois systèmes principaux :

[1] *Infra,* II, 1421.

1252. *Premier système.* — Il faut distinguer entre les jugements étrangers, qui prononcent une condamnation contre un Français, et ceux qui prononcent une condamnation contre un étranger.

Ceux qui sont rendus *contre des Français* n'ont aucune vertu en France : ils n'y jouissent même pas de l'autorité de la chose jugée; à plus forte raison ne jouissent-ils pas de la force exécutoire, et ne sont-ils pas susceptibles de produire l'hypothèque sur des immeubles situés en France. Le Français condamné, contre lequel on voudra ramener le jugement à exécution en France, sera donc admis à débattre de nouveau ses droits devant les tribunaux français. Le tribunal, devant lequel l'affaire sera portée, devra juger sans se préoccuper de la décision rendue par le tribunal étranger.

Quant aux jugements étrangers rendus *contre des étrangers*, ils ont en France l'autorité de la chose jugée et y jouissent de la force exécutoire et de la force hypothécaire, après avoir été déclarés exécutoires par les tribunaux français. C'est à ces jugements seulement que s'appliqueraient les dispositions des art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ.

Cette distinction résultait de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, que l'on prétend être encore en vigueur : « Les jugements rendus, contrats et obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre dit royaume; ains tiendront les contrats lieu de simples promesses, et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officiers ».

La première partie du texte déclare que les jugements étrangers ne seront pas exécutoires et n'emporteront pas hypothèque en France : disposition toute simple et qui n'est qu'une application de ce principe que *chacun est maître chez soi.*

La deuxième partie est spéciale aux jugements étrangers rendus *contre un Français.* Peu importe d'ailleurs qu'ils aient été obtenus par un étranger ou par un Français; peu importe aussi que le Français ait été demandeur ou défendeur. Le

Français, dit l'article, pourra débattre de nouveau ses droits comme entiers; dans ce cas le jugement étranger n'a donc même pas l'autorité de la chose jugée. C'est un privilège pour les Français.

L'art. **121**, ajoute-t-on, était en vigueur à l'époque de la promulgation du code civil; n'ayant pas été abrogé, il a encore force de loi (1).

1253. Malgré l'autorité qui s'attache au nom de ses défenseurs, ce système semble bien difficile à admettre. D'abord le sens que l'on donne à l'art. **121** de l'ordonnance de **1629** est loin d'être certain; on a élevé des doutes fort graves au sujet de cette interprétation.

On peut contester ensuite que cet art. eût force de loi en France, tout au moins force de loi générale, à l'époque de la promulgation du code civil. Plusieurs Parlements avaient refusé d'enregistrer l'ordonnance de **1629**, et par conséquent elle était sans force dans l'étendue de leur ressort. Pothier dit à plusieurs reprises que cette ordonnance « n'a point été, comme on sait, exécutée en France ». Or comment croire que notre législateur ait entendu consacrer par son silence une disposition qui n'était pas exécutée en France ? Est-il bien certain même que notre législateur la connût ?

Enfin, même en concédant que l'art. **121** ait véritablement le sens qu'on lui donne et qu'il eût force de loi en France à l'époque de la promulgation du code civil, et sans invoquer d'ailleurs les formules d'abrogation si larges contenues dans

(1) Malleville, sur les art. 11 et 2123; Duranton, XIX, 342; Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 597 en particulier n. XI et *Mélanges*, I, p. 337 s. spécialement, p. 353; Foucher sur Carré, *Lois d'organis. judic.*, III, p. 250 s.; Demangeat, *Condit. civ. des étr.*, 88, et sur Fœlix, *Dr. internat. priv.*, II, p. 82, note *a*; Fœlix, *op. cit.*, 350 à 357; Colmet-Daage, *Leçons de proc. civ.*, II, p. 180, note 1; Griolet, *Autorité de la chose jugée*, p. 95 s.; Aubry et Rau, § 769 *ter*, texte et note 4, 4e éd. VIII, p. 414. — Req., 7 janv. 1806, *J. G.*, v° *Dr. civ.*, 422, S., 6. 1. 129. — Req., 27 août 1812, S., 13. 1. 226. — Rennes, 28 mai 1819, *J. G.*, eod. v°, 419-5°, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI. 2. 78. — Toulouse, 27 déc. 1819, *J. G.*, v° *Exceptions*, 149, S., 20. 2. 312. — Montpellier, 8 mars 1822, *J. G.*, eod. v°, 459, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII. 2. 39. — Grenoble, 3 janv. 1829, *J. G.*, v° *Dr. civ.*, 438, S., 29. 2. 176. — Paris, 7 janv. 1833, *J. G.*, eod. v°, 428-2°, S., 33. 2. 145. — Angers, 4 juill. 1866, D., 66. 2. 156, S., 66. 2. 300. — Paris, 8 août 1866, *J. G. Suppl.*, v° *Dr. civ.*, 238, S., 67. 2. 101. — Trib. civ. Le Mans, 20 mai 1868; Angers, 23 avril 1869, D., 69. 2. 218.

l'art. 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII et dans l'art. 1041 Pr. civ., est-ce que l'abrogation dudit article ne résulte pas de l'art. 2123 al. 4 C. civ. et de l'art. 546 Pr. civ., qui parlent des jugements étrangers dans les termes les plus généraux, sans distinguer, comme on veut le faire, entre ceux rendus contre des étrangers et ceux rendus contre des Français ? Est-il raisonnable, en présence de la généralité de ces textes, de soutenir qu'ils ne s'appliquent pas à toute une catégorie de jugements étrangers, à ceux rendus contre des Français ? C'est d'autant moins proposable que cette catégorie est justement la plus nombreuse, les jugements étrangers, susceptibles d'exécution et d'hypothèque en France, étant trois fois sur quatre rendus contre des Français parce que généralement ce sont des Français qui possèdent les biens situés en France. De sorte que la règle formulée par les art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ. serait en réalité une exception, si son domaine devait se restreindre, comme on le prétend, aux jugements rendus contre des étrangers.

1254. *Deuxième système.* — Les jugements rendus par les tribunaux étrangers, sans distinction entre ceux rendus contre un Français et ceux rendus contre un étranger, ont par eux-mêmes en France l'autorité de la chose jugée, comme les jugements français; mais ils n'acquièrent la force exécutoire et la force hypothécaire qu'en vertu d'un *exequatur* donné par un tribunal français.

C'est le tribunal tout entier qui est appelé à donner l'*exequatur*, et non pas seulement le président, comme lorsqu'il s'agit de rendre exécutoire une sentence arbitrale (art. 2123 al. 4). La raison de cette différence est que l'*exequatur* d'une sentence arbitrale n'est guère qu'un *visa*, pour lequel le ministère du président suffit, tandis que l'*exequatur* d'un jugement étranger ne doit être accordé qu'après un examen plus ou moins approfondi du jugement sous les divers points de vue qui suivent : ce jugement ne renferme-t-il pas un empiètement sur la compétence de nos tribunaux ? Emane-t-il bien d'une autorité étrangère régulièrement investie du pouvoir de juger ? Présente-t-il les caractères extérieurs d'un jugement régulier dans la forme ? Les voies d'exécution qu'il or-

donne sont-elles autorisées par la loi française ? Par exemple ne prononce-t-il pas la contrainte par corps dans un cas où la loi française ne l'admet pas ? Ce jugement ne viole-t-il pas quelqu'une de nos lois d'ordre public, par exemple celle qui ne veut pas qu'on tienne compte, pour l'attribution des successions, du droit d'aînesse ou du privilège de masculinité ? N'a-t-il pas consacré un contrat contraire aux bonnes mœurs telles que nous les comprenons ? N'a-t-il pas appliqué la loi étrangère à une affaire qui, d'après les principes établis chez nous, devait être jugée d'après notre législation ? N'a-t-il pas commis une erreur dans l'application qu'il a faite de la loi française ? Autant de questions délicates et quelquefois difficiles à résoudre, qui ont paru nécessiter l'intervention du tribunal tout entier. Mais d'ailleurs le tribunal ne doit pas entrer dans l'examen du fond de l'affaire ; il ne doit pas, comme le prétend le troisième système, réviser le jugement ; car il a l'autorité de la chose jugée (1).

Voici les principaux arguments de ce système.

1° C'est le jugement étranger, qui, après avoir reçu l'*exequatur*, produit l'hypothèque judiciaire d'après l'art. 2123 ; c'est lui qui est ramené à exécution d'après l'art. 546 Pr. civ. Or, si le tribunal français chargé d'accorder l'*exequatur* devait, comme on le prétend dans le troisième système que nous exposerons tout à l'heure, *réviser* le jugement, c'est-à-dire juger l'affaire à nouveau, ce ne serait plus le jugement étranger qui s'exécuterait ou qui emporterait l'hypothèque

(1) Massé, II, 800 à 802 ; Soloman, *Cond. jurid. des étr.*, p. 408 s. ; Marcadé, I, sur l'art. 15, n. 3 ; Boitard, *Leçons de proc.*, II, 801 ; Pont, I, 585 et 586 ; Bournat, *Rev. prat.*, 1858, V, p. 338 s. ; Bonfils, *Compét. des trib. fr. à l'égard des étr.*, 262 s. ; Labbé, *Note* dans S., 65. 1. 61 ; Bertauld, *Quest. prat. et doct. de C. civ.*, p. 123 s. ; L. Durand, *Essai de dr. int. privé*, 223 s. ; Trochon, *Les étr. devant la just. fr.*, p. 115 s., p. 138 s. ; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 115 à 150 et *Synthèse du droit int. privé*, II, 677 s. ; Weiss, *Droit intern. privé*, p. 827-829 ; Guillouard, II, 882. — Trib. civ. Seine, 1er avril 1879, *Journ. Clunet*, 1881, p. 156. — Trib. civ. Versailles, *ibid.*, 1877, p. 424. — Trib. civ. Seine, 16 novembre 1883, *ibid.*, 1883, p. 621. — Paris, 19 août 1884, *ibid.*, 1885, p. 87. — Aix, 9 fév. 1888, D., 89. 2. 281, S. (sous Cass.), 91. 1. 389. — Trib. civ. Laon, 21 juillet 1890, *Journ. Clunet*, 1890, p. 909. — Douai, 10 avril 1899 (motifs), *ibid.*, 1899, p. 375. — Cpr. Demolombe, *Public. des lois*, etc., 263. — Paris, 23 fév. 1866, *J. G. Suppl.*, v° *Dr. civ.*, 237, S., 66. 2. 300.

judiciaire, mais bien la décision que le tribunal français lui aurait substituée, un jugement français par conséquent.

2° Le mot *Pareillement,* par lequel débute l'al. 4 de l'art. 2123, indique une certaine analogie entre l'hypothèse que le législateur vient de résoudre, celle de l'*exequatur* des sentences arbitrales, et celle sur laquelle il va s'expliquer, relative à l'*exequatur* des jugements étrangers. Or où est l'analogie dans le système de la révision? En quoi le rôle du tribunal, appelé à donner l'*exequatur* à un jugement étranger, ressemblera-t-il au rôle du président appelé à rendre exécutoire une sentence arbitrale, si le tribunal doit juger l'affaire à nouveau?

3° L'art. 546 Pr. civ., mettant sur la même ligne les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers, dit que les uns comme les autres « ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les art. 2123 et 2128 ». Or personne n'a jamais soutenu que les tribunaux français, appelés à rendre exécutoire un acte étranger constatant la convention des parties, aient le droit de réviser l'acte; ils ne peuvent que le vérifier; donc leur rôle doit être le même en ce qui concerne les jugements étrangers.

4° Enfin, au point de vue des relations internationales, le système de la révision, qui est, comme nous allons le voir, celui de la jurisprudence, offre un inconvénient grave, celui de provoquer des mesures de rétorsion contre nous. Ainsi que le dit M. de Vareilles-Sommières, certaines législations refusent aux jugements rendus par les tribunaux français l'autorité de la chose jugée et permettent au condamné de débattre à nouveau ses droits devant les tribunaux [1].

1255. *Troisième système,* ou système de la *révision.* — Les jugements étrangers n'ont en France ni l'autorité de la chose jugée, ni la force exécutoire ou hypothécaire. Il en résulte que le tribunal français, appelé à donner l'*exequatur,* doit examiner le jugement quant au fond et rechercher s'il a été bien ou mal jugé : ce que l'on exprime en disant qu'il *révise* le

[1] V. notamment Pays-Bas, arrêté du roi du 9 sept. 1814.

jugement. Ce système est consacré par une jurisprudence que l'on peut dire constante, et dans la doctrine il compte au moins autant de suffrages que le précédent [1]. Voici les raisons qu'on peut faire valoir à son appui.

1° L'art. **2123** ne s'explique pas sur le point de savoir quel est le rôle du tribunal français appelé à donner l'*exequatur;* il dit seulement que le jugement n'emportera hypothèque qu'autant qu'il sera revêtu de cet *exequatur*. Or la loi, ne limitant pas le pouvoir d'appréciation des juges, leur donne par cela même un pouvoir absolu ; toute limitation qu'on prétendrait y apporter serait nécessairement arbitraire, en l'absence d'un texte qui la détermine. Le tribunal a donc le droit de refuser l'*exequatur,* si, en appréciant au fond le jugement qui lui est soumis, il le trouve mauvais. Il est vrai que le rôle du tribunal, chargé d'accorder l'*exequatur* à un jugement étranger, sera ainsi très différent de celui du prési-

[1] Merlin, *Quest.,* v° *Jugement*, § 14, n. 2; Persil, I, sur l'art. 2123, XVII et s.; Toullier, X, 81, 82, 85; Grenier, I, 114 et 222; Troplong, II, 451; Chauveau sur Carré, quest. 1899; Rauter, *Cours de proc. civ.*, § 157; Legat, *Code des étr.*, p. 380 à 383; Larombière, *Des oblig.*, V, sur l'art. 1351, n. 6; Colmet de Santerre, IX, 89 *bis*-IV, X; Rodière, *Tr. de comp. et de proc.*, II, p. 188; Ruben de Couder, V, v° *Jug. étr.*, 13 et 14; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de proc. civ.*, 801, note 1, note de M. Glasson; Garsonnet et Cézar-Bru, VIII, § 2951; Huc, XIII, 240-241; Beudant, II, p. 107, note 2°. — Poitiers, 8 prairial an XIII, *J. G.*, v° *Dr. civ.*, 423, S., 6. 2. 40. — Paris, 27 août 1816, S., 16. 2. 269, et sur pourvoi Civ. rej., 19 avril 1819, *J. G.*, eod. v°, 422, S., 19. 1. 288. — Req., 11 janvier 1843, *J. G.*, eod. v°, 473, S., 43. 1. 671. — Paris, 22 juin 1843, D., 45. 1. 77, S., 43. 2. 345. — Douai, 3 janvier 1845, D., 48. 2. 66, S., 45. 2. 513. — Bordeaux, 6 août 1847, D., 48. 2. 66, S., 48. 2. 153. — Douai, 22 déc. 1863, D., 65. 2. 111, S., 65. 2. 60. — Colmar, 10 février 1864, *J. G. Suppl.*, v° *Dr. civ.*, 276, S., 64. 2. 122. — Paris, 22 avril 1864, D., 65. 2. 110, S., 65. 2. 60. — Pau, 6 janv. 1868, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 239, S., 68. 2. 100. — Chambéry, 12 fév. 1869, D., 71. 2. 118, S., 70. 2. 9. — Pau, 17 janv. 1872, D., 75. 2. 193-194, S., 72. 2. 233. — Civ. cass., 20 août 1872, D., 72. 1. 342, S., 72. 1. 327. — Req., 28 juin 1881, D., 81. 1. 337, S., 82. 1. 33. — Req., 21 août 1882, D., 83. 1. 258, S., 84. 1. 425. — Aix, 24 mars, 30 juillet et 3 août 1885, S., 87. 2. 217. — Civ. cass., 9 fév. 1892, D., 92. 1. 609, S., 92. 1. 201. — Trib. civ. Seine, 12 avril 1894 et Paris, 21 nov. 1895 (implic.)., D., 96. 2. 23. — Trib. civ. Seine, 11 juill. 1895, *Journ. Clunet*, 1896, p. 356. — Trib. civ. Seine, 30 nov. 1895, *Journ. Clunet*, 1896, p. 368. — Trib. civ. Montpellier, 24 août 1896, *Journ. Clunet*, 1897, p. 550. — Paris, 6 mai 1897, *Journ. Clunet*, 1897, p. 792. — Civ. rej., 14 janvier 1901, *Journ. Clunet*, 1901, p. 149. — Cpr. Demolombe, *Public. des lois*, etc., 263. — Paris, 22 nov. 1851, D., 52. 2. 209, S., 51. 2. 783. — Paris, 11 mai 1869, D., 71. 2. 119, S., 70. 2. 10. — Aix, 9 fév. 1888, D., 89. 2. 281, S. (sous Cass.), 91. 1. 389.

dent qui rend exécutoire une sentence arbitrale ; mais il y a toujours cette analogie que le jugement étranger, comme la sentence arbitrale, ne peut emporter hypothèque qu'après avoir été revêtu de l'*exequatur*, et cela suffit pour expliquer le mot *Pareillement* qui relie l'al. 4 de l'art. 2123 à l'al. 3.

2° Les principes généraux, auxquels on doit nécessairement faire appel dans le silence de la loi, conduisent au même résultat. Les jugements sont une émanation du droit de souveraineté ; ils ne peuvent par conséquent avoir d'effet que dans les limites assignées à la souveraineté ; or le droit d'un souverain expire aux bornes de son territoire ; donc, au delà de ces limites, les jugements rendus en son nom sont sans autorité. On doit en conclure que les jugements étrangers ne s'imposent point en France, pas plus que les jugements français hors de France : ce qui implique le droit, pour l'autorité chargée en France de contrôler les jugements étrangers, de leur refuser l'*exequatur*, si elle les trouve mal rendus au fond. Les tribunaux français n'ont pas, il est vrai, un droit de contrôle aussi étendu sur les actes étrangers constatant des conventions, mais par une raison toute simple : c'est qu'il s'agit en définitive de sanctionner le résultat de la volonté de deux ou plusieurs particuliers, qui ont choisi librement un fonctionnaire public étranger pour constater la convention par eux formée, ce qui est beaucoup moins grave que de sanctionner la volonté d'un souverain étranger, qui s'est imposée sous forme de jugement aux parties en cause.

3° Enfin qui ne voit les dangers du système qui reconnaît aux jugements étrangers, sans distinction, l'autorité de la chose jugée en France ? Ce système a pour résultat d'obliger nos tribunaux à contresigner, sans avoir d'autre droit que celui de les maudire, des décisions rendues dans des pays où la justice, si on peut lui donner ce nom, n'offre aucune garantie pour les justiciables, et où l'ignorance du juge le disputera souvent à sa partialité.

On craint les mesures de rétorsion ! Pour les éviter, il faut user largement des traités avec les nations où la justice est organisée de manière à nous inspirer toute confiance.

Il reste contre le système de la jurisprudence une objec-

tion grave, que nous avons indiquée en exposant le deuxième système et que nous n'avons pas encore réfutée. Dans le système de la révision, dit-on, le tribunal français, chargé de statuer sur la demande d'*exequatur*, substitue sa décision à celle du tribunal étranger, et c'est par conséquent la décision du tribunal français qui s'exécute et qui emporte hypothèque. On viole ainsi à la fois l'art. 2123 C. civ. et l'art. 546 Pr. civ., qui disent positivement, le premier que l'hypothèque résulte du jugement étranger, et le second que c'est le jugement étranger qui s'exécute après avoir été revêtu de l'*exequatur*.

L'objection tombe complètement, si l'on admet que le tribunal français a bien le droit d'examiner le jugement étranger au fond, mais uniquement pour refuser l'*exequatur* si la décision lui paraît mal rendue, sans avoir le droit de substituer dans ce dernier cas une autre décision à celle du tribunal étranger. Car alors de deux choses l'une : ou le tribunal, estimant que le jugement est bien rendu, accordera l'*exequatur*, et alors ce sera bien le jugement étranger qui s'exécutera et qui emportera l'hypothèque; ou bien le tribunal français, trouvant la décision mal rendue, refusera l'*exequatur*, et alors il n'y aura ni hypothèque judiciaire ni exécution en France (1).

C'est bien ainsi, à notre avis, que les choses doivent se passer. L'objection subsiste dans toute sa force, et nous n'apercevons pas le moyen de la réfuter, si l'on reconnaît au tribunal français, saisi de la demande d'*exequatur*, le droit, pour le cas où il trouve le jugement mal rendu au fond, d'y substituer une autre décision (2).

(1) Conclusions de M. l'avocat général Saulnier de la Pinelais rapportées dans D., 80. 2. 52; Thézard, 73; Despagnet, *Pr. de dr. internat. priv.*, 193; Huc, XIII, 242. — Nancy, 6 juill. 1877, D., 78. 2. 220. — Rennes, 26 déc. 1879, D., 80. 2. 52, S., 81. 2. 81. — Trib. civ. Seine, 10 avril 1885 et 29 juil. 1886, *Journ. de Clunet*, 1886, p. 87, 782. — Aix, 9 février 1888 (sous Cass.), S., 91. 1. 389. — Paris, 6 mars 1888, D., 90. 2. 4. — Civ. rej., 18 novembre 1891, D., 93. 1. 313, S., 92. 1. 52. — Cpr. Trib. civ. Le Mans, 6 février 1866, D., 66. 2. 156.

(2) V. sur les conditions dans lesquelles les jugements de certains pays étrangers sont revêtus de l'*exequatur* : Convention de Berne du 14 octobre 1890, art. 56, Traité franco-belge du 8 juil. 1899, art. 11 et s.

N° 2. **Sentences arbitrales.**

1256. Les arbitres sont des juges du choix des parties; ce sont de simples particuliers qu'elles chargent du soin de régler leur différend. Les arbitres n'ayant aucun caractère public, leurs sentences ne sauraient avoir la puissance qui s'attache aux décisions des tribunaux. Aussi l'art. **2123** al. 3, consacrant les règles de notre ancienne jurisprudence (Ord. de 1566) respectées par la L. du 9 messidor an III, sans que la loi du 11 brumaire an VII les eût abrogées (1), dispose-t-il que « *Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution* » (2). Cette ordonnance, qui est délivrée par le président soit du tribunal, soit de la cour d'appel dans le cas de l'art. **1020** al. 2 Pr. civ., sans formalités, n'est guère autre chose qu'un *visa*.

Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité la sentence ne peut pas servir de base à une inscription hypothécaire (3).

1257. Quant aux sentences arbitrales rendues en pays étranger (4), une distinction s'impose; les arbitres peuvent avoir été choisis par les parties elles-mêmes ou par un tribunal étranger.

Dans le premier cas, l'arbitrage est l'œuvre de la convention, il en tire son autorité. Or cette convention est une loi pour les intéressés et cette loi a été créée par leur volonté; nul ne peut en modifier les conséquences, il ne saurait être question de réviser la sentence rendue. Sans doute, l'intervention de la puissance publique sera nécessaire pour lui donner la force exécutoire; mais le débat ne peut plus être ouvert de nouveau; il est clos, définitivement clos, par la volonté des parties. Sur ce premier point, tout le monde est d'accord (5).

Cette question résolue, on peut se demander si les sen-

(1) V. Merlin, *Quest.*, v° *Hyp.*, § 2.

(2) Louisiane, *C. civ.*, art. 3293.

(3) Battur, II, 332; Grenier, I, 203; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 252, 5e éd. p. 422; Thézard, 72; Colmet de Santerre, IX, 87 *bis*-II, 89, 89 *bis*-I; Guillouard, II, 883.

(4) V. tables générales du *Journ. de Clunet*, v° *Arbitrage*, 49 et s.

(5) Cpr. cep. de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 149.

tences arbitrales rendues en pays étranger donnent naissance à une hypothèque judiciaire. L'affirmative est universellement admise. Elle se justifie par la généralité du texte de l'art. 2123 qui attache cet effet aux sentences arbitrales en général sans distinguer, comme il le fait pour les jugements, entre celles qui sont rendues en France ou à l'étranger, entre celles qui émanent d'arbitres français ou d'arbitres étrangers. Il semble bien en effet qu'il n'y avait pas de motifs pour distinguer entre ces diverses hypothèses. Dans tous les cas, le pouvoir des arbitres a la même source : la volonté des parties ; leur autorité doit être la même et leur décision sanctionnée par les mêmes garanties. Mais là précisément se rencontre une objection contre la doctrine générale.

Nous verrons, en commentant l'art. 2128, que les contrats passés en pays étranger ne peuvent pas, en principe, emporter d'hypothèque sur les immeubles situés en France. Ce que les parties ne peuvent pas faire directement, comment peuvent-elles le réaliser indirectement au moyen d'un compromis ? Comment peuvent-elles conférer à des arbitres par elles choisis le droit de rendre une sentence garantie par une hypothèque judiciaire, du moment où elle aura été rendue exécutoire [1] ? Quel que soit le mérite de cette observation, la généralité de l'art. 2123 porte à reconnaître aux sentences arbitrales, à toutes les sentences arbitrales, le même effet hypothécaire, sans qu'on puisse attribuer aux tribunaux le pouvoir de révision que la jurisprudence leur reconnaît à l'égard des jugements des tribunaux étrangers.

Une seule condition est requise par la loi. C'est qu'elles aient été revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. Si l'on met sur la même ligne toutes les sentences arbitrales sans tenir compte ni de la nationalité des arbitres, ni du lieu où le compromis a été signé, ni du lieu où la sentence a été rendue, si l'on applique dans tous les cas une seule et même

[1] C'est en se fondant sur cette considération que M. Lainé (*Journ. de Clunet*, 1899, p. 642 et s.) exige l'intervention du tribunal tout entier, comme lorsqu'il s'agit d'une hypothèque constituée en pays étranger sur des immeubles situés en France. — Trib. civ. Seine, 16 mars 1899, *Journ. de Clunet*, 1899, p. 743. — V. Despagnet, *op. cit.*, 209.

règle, on devra suivre, semble-t-il, l'art. 1020 Pr. civ. C'est au président seul qu'il appartiendra de donner l'*exequatur*, et il aura pour unique mission de rechercher si l'ordre public ne s'oppose pas à l'exécution. Telle est la solution généralement admise (1).

Cependant M. Thézard exige ici l'intervention du tribunal tout entier (2). Il fait remarquer, à juste titre, d'une part que le pouvoir donné par l'art. 1020 au président s'arrête à son arrondissement et s'applique exclusivement aux sentences rendues dans ces limites, d'autre part que la validité du compromis et la régularité de la sentence peuvent soulever des difficultés extrêmement délicates. Ces observations sont parfaitement exactes; mais il nous paraît difficile d'y faire droit en l'absence d'un texte formel. L'art. 2123 n'exige l'intervention du tribunal tout entier que pour l'*exequatur* des jugements des tribunaux étrangers. Il nous est impossible d'étendre cette règle aux sentences arbitrales, pour lesquelles elle n'est pas édictée. Le président n'est pas d'ailleurs investi d'une mission analogue à celle que remplit le tribunal pour les jugements des tribunaux étrangers. Nous touchons ainsi à la deuxième objection, qui, à notre avis, n'est pas non plus décisive. Le président remplit ici le même office que pour les sentences arbitrales rendues en France. Alors aussi il doit s'assurer qu'il y a sentence arbitrale obligatoire; il doit rechercher notamment s'il y a eu un compromis, si les arbitres se sont renfermés dans les termes de leur mission, s'ils n'ont pas autorisé ou prescrit des mesures d'exécution prohibées par la loi. Pour les sentences arbitrales rendues en pays étranger, le président exercera le même pouvoir; la circonstance qu'elles sont intervenues hors de notre territoire n'ajoute rien aux difficultés de la mission du juge. C'est pourquoi l'objection ne nous arrête pas. Ces considérations

(1) Grenier, I, 213; Delvincourt, I, p. 203; Troplong, II, 453; Pont, I, 587; Larombière, *Oblig.*, V, sur l'art. 1351, n. 7; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 252, 5e éd. p. 422, § 769 *ter*, 4e éd. VIII, p. 428-429; Weiss, *Droit internat. privé*, p. 888; Guillouard, II, 844; de Vareilles-Sommières, *Synt. du droit internat. privé*, II, 700; Huc, XIII, 246. — Cpr. de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 149.

(2) Thézard, 74. — V. aussi les autorités citées p. 364, note 1.

nous portent à penser que l'ordonnance d'exécution doit émaner du président seul [1].

1258. La solution est différente dans la deuxième hypothèse, lorsqu'en vertu de la loi étrangère, l'arbitrage a été imposé aux parties par la justice (arbitrage forcé), ou lorsque les arbitres ont été désignés par le tribunal étranger, soit en vertu d'une délégation consentie par les parties, soit en vertu de la loi par suite du désaccord des parties. Dans ce cas, les arbitres tiennent leur mandat non de la volonté des intéressés, mais de la décision de justice qui les a institués. On traite en conséquence leur sentence de la même manière que les jugements étrangers ; elle ne devient exécutoire qu'en vertu de l'*exequatur* délivré par le tribunal tout entier, investi à cet égard des pouvoirs que nous connaissons [2].

N° 3. Actes judiciaires.

1259. La loi ne vise pas spécialement les actes judiciaires prévus par les art. 191 et 403 Pr. civ. Ces actes ont l'autorité de la chose jugée ; ils emportent donc l'hypothèque judiciaire [3].

Elle a surtout en vue les actes émanés de la juridiction gracieuse des tribunaux.

Le législateur semble dire, dans l'art. 2117, que les actes judiciaires en général emportent l'hypothèque judiciaire. Mais, dans l'art. 2123 al. 1, il corrige le vague de sa définition, et précise sa pensée : « *Elle* [l'hypothèque judiciaire] » *résulte aussi des reconnaissances ou vérifications, faites en* » *jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous* » *seing privé* ». Une obligation est constatée par acte sous seing privé, par exemple par un simple billet. La loi permet au créancier, dès le lendemain, d'assigner son débiteur en reconnaissance d'écriture. Il peut y avoir intérêt ; car l'avenir

(1) Cpr. Pont, I, 587.

(2) Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 611, *Mélanges*, I, p. 351 : Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 252, 5e éd. p. 422, § 769 *ter*, 4e éd. VIII, p. 419 ; Weiss, *Dr. intern. privé*. p. 888 ; Despagnet, *op. cit.*, 209 ; Guillouard, II, 884 ; de Vareilles-Sommières, *Synt. du dr. internat. privé*, II, 700 ; Huc, XIII, 246.

(3) Aubry et Rau, § 265 note 3, III, 4e éd. p. 251, 5e éd. p. 421 ; Guillouard, II, 887.

lui réserve peut-être bien des surprises : la mort du débiteur remplacé par des héritiers qui, de bonne ou de mauvaise foi, pourront méconnaître la signature ; la disparition des témoins qui, au cas de dénégation, pourraient éclairer la justice. Si, devant le juge, le débiteur reconnaît son écriture ou sa signature, le tribunal constatera cette reconnaissance par un jugement, dit *de reconnaissance*, qui n'est pas autre chose qu'un acte judiciaire, car il n'y a pas de débat. Si le débiteur dénie son écriture ou sa signature, la justice en ordonnera la vérification ; et, si l'écriture est reconnue lui appartenir, un jugement déclarera que l'écriture est *tenue pour reconnue* : c'est le jugement de vérification. Ainsi, l'action en reconnaissance d'écriture aboutira, en la supposant fondée, à une décision du tribunal déclarant que l'écriture ou la signature est sincère. Cette décision constituera un acte judiciaire, si le débiteur a reconnu son écriture, un jugement dans le cas contraire.

Ce jugement n'est pas et ne peut pas être un jugement de condamnation, si la dette n'est ni échue, ni exigible ; il n'emporte pas une hypothèque judiciaire, en vertu de la disposition contenue dans la première phrase du 1er al. de l'art. 2123. Il n'est qu'un jugement de vérification d'écriture.

Dans l'un et l'autre cas, qu'il s'agisse d'un jugement de reconnaissance ou d'un jugement de vérification d'écriture, le créancier aura obtenu un double avantage : 1° désormais son titre aura le caractère d'authenticité, qui fait la force des actes notariés ; 2° l'obligation du débiteur sera garantie par une hypothèque judiciaire.

260. Que la reconnaissance ou la vérification judiciaire d'écriture ait pour résultat de consolider le titre du créancier, de lui donner au point de vue de la preuve une autorité égale à celle de l'acte authentique, on ne peut le trouver surprenant. Mais il est assurément exorbitant que le créancier obtienne en outre une hypothèque judiciaire sur tous les biens du débiteur, alors que celui-ci avait peut-être refusé d'accorder une garantie moindre, celle d'une hypothèque conventionnelle, qui eût été nécessairement spéciale.

C'est exorbitant. Il y a là une réminiscence malheureuse

de notre ancien droit, où tout acte exécutoire emportait de plein droit une hypothèque générale sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur. Les rédacteurs du code ont abrogé le principe ; ils l'ont supprimé pour les actes notariés ; nous renonçons à expliquer comment et pourquoi ils l'ont maintenu pour les jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture.

1260 I. La disposition de la loi paraît encore plus exorbitante, si l'on reconnaît au créancier le droit de faire inscrire son hypothèque avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette ; car alors on arrivera à ce résultat qu'un débiteur, qui n'a pas voulu accorder une hypothèque conventionnelle à son créancier et qui peut-être remplira ponctuellement son engagement au jour de l'échéance, verra, contrairement à ses prévisions, son crédit ébranlé par une hypothèque générale dont l'inscription annoncera l'existence aux tiers. Sans compter qu'on fournit aux parties un moyen très simple de constituer, et presque sans frais, une hypothèque générale sur les biens du débiteur, alors que par un acte authentique elles ne pourraient constituer qu'une hypothèque spéciale. On leur donne ainsi, d'une part, la faculté d'éluder la règle de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle, et, d'autre part, la facilité de se passer du ministère des notaires. Notre ancienne jurisprudence avait singulièrement atténué ce danger par la déclaration du 2 janvier 1717, aux termes de laquelle « les jugements rendus » *avant* l'échéance des billets ou lettres de change, promesses » ou billets passés pour faits de commerce et marchandises ne » pouvaient produire hypothèque sur les biens du débiteur ». Abrogée par les lois intermédiaires, cette règle ne trouva pas place dans le code, qui paraissait même autoriser l'inscription anticipée de l'hypothèque ; mais il a été réformé sur ce point par la loi du 3 septembre 1807 intitulée : *Loi relative aux inscriptions hypothécaires en vertu de jugements rendus sur des demandes en reconnaissance d'obligations sous seing privé.* L'art. 1 de cette loi est ainsi conçu : « *Lorsqu'il aura été* » *rendu un jugement sur une demande en reconnaissance* » *d'obligation sous seing privé formée avant l'échéance ou* » *l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris*

» *aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement* » *qu'à défaut de paiement de l'obligation après son échéance* » *ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation con-* » *traire* » (1).

Ainsi, le jugement de reconnaissance ou de vérification d'écriture, obtenu avant l'échéance ou l'exigibilité d'une obligation sous seing privé, confère hypothèque judiciaire au créancier. La loi nouvelle ne reproduit pas la disposition de la déclaration de 1717; mais l'inscription de cette hypothèque ne pourra être prise qu'après l'échéance ou l'exigibilité de la dette. L'exigibilité peut avoir lieu avant l'échéance : elle résulte d'évènements qui font perdre au débiteur le bénéfice du terme (v. art. 1188) (2).

Au contraire, l'hypothèque conventionnelle, consentie dans les formes prescrites par l'art. 2127, peut être inscrite et par suite prendre rang avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette; elle conserve ainsi sur l'hypothèque judiciaire un avantage considérable.

Mais il reste toujours une *inelegantia juris*, qui a été signalée par la Faculté de droit de Paris dans l'enquête de 1841. Soient deux créanciers chirographaires, dont la créance vient à échéance à la même époque; la créance de l'un est constatée par un acte sous seing privé, celle de l'autre par un acte authentique. Le premier va pouvoir agir immédiatement en reconnaissance d'écriture, et se procurer ainsi sur les biens du débiteur une hypothèque générale qu'il fera inscrire, s'il le veut, dès le lendemain de l'échéance ou de l'exigibilité de la dette. Le second, au contraire, ne pourra pas agir jusqu'à l'époque de l'échéance ou de l'exigibilité; car son titre ne comporte pas la procédure de la vérification d'écriture. Tout ce qu'il lui sera possible de faire, c'est d'attaquer le débiteur aussitôt après l'échéance ou l'exigibilité, si celui-ci n'a pas satisfait à son engagement, et d'obtenir contre lui un jugement de condamnation qui entraînera l'hypothèque judi-

(1) Monaco, *C. civ.*, art. 1961, al. 2.

(2) Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 325, 5e éd. p. 539; Colmet de Santerre, IX, 87 *bis*-IV et V; Guillouard, III, 1120; Huc, XIII, 306; Beudant, II, 621; Planiol, II, 2884. — *Infra*, II, 1547.

ciaire. Mais il faudra du temps pour obtenir ce jugement, et l'hypothèque qu'il engendrera sera ainsi nécesssairement primée par celle du créancier dont le titre était sous seing privé, parce que celle-ci sera inscrite la première. C'est donc le créancier dont le titre est le moins avantageux qui sera préféré [1].

1261. L'art. 1er de la loi de 1807 se termine par ces mots : *à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire*. Les parties peuvent donc convenir que l'hypothèque judiciaire, résultant de la reconnaissance ou de la vérification d'écriture, sera inscrite avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette. C'est leur fournir un moyen bien facile d'éluder la règle qui prohibe l'hypothèque conventionnelle générale [2] : il leur suffira, pour arriver à ce résultat, de constater l'obligation dans la forme sous seing privé et de convenir que l'hypothèque judiciaire résultant de la reconnaissance d'écriture pourra être inscrite immédiatement. S'il était démontré que telle a été la volonté des parties, il semblerait logique de décider que l'inscription sera nulle ; car il ne saurait être permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. Cependant ne peut-on pas répondre que la loi autorise expressément cette stipulation ?

1262. Pour que le jugement de reconnaissance ou de vérification d'écriture donne naissance à une hypothèque judiciaire, l'art. 2123 exige que la signature ait été apposée à un acte *obligatoire* sous seing privé. Il est donc indispensable que cet acte constate une obligation, qu'il fournisse la preuve de son existence d'une manière complète [3]. On en a justement conclu qu'une traite acceptée par une femme, sans que sa signature eût été précédée du *bon* ou *approuvé* exigé par l'art. 1326, ne satisfaisait pas aux conditions de la loi. Il importerait peu que cet acte pût servir de commencement de preuve par écrit. La loi veut que l'existence de l'obligation soit constatée par l'acte même dont la signature est reconnue ou vérifiée. Il

(1) Le projet de loi adopté par la commission du Sénat propose de supprimer cette disposition de l'art. 2123.

(2) Huc, XIII, 199; Beudant, II, 623.

(3) Colmet de Santerre, IX, 87, 87 *bis*-I; Guillouard, II, 911; Huc, XIII, 199.

n'y a pas, dès lors, à rechercher si l'obligation est établie par un autre acte, même par jugement, si ce jugement n'est pas un jugement de condamnation [1].

1262 I. L'hypothèque est attachée même au jugement rendu d'accord sur comparution volontaire des parties par un juge de paix dont elles auraient prorogé la juridiction [2].

1263. Il nous est maintenant possible d'aborder l'examen d'une question, à laquelle a donné naissance la loi du 5 août 1881 *relative à la fixation de la prescription pour la taxe des actes notariés*. L'art. 3 de cette loi reconnaît aux notaires, dans tous les cas et non pas seulement dans quelques cas exceptionnels et rares, le droit de se faire délivrer un exécutoire, en vertu duquel ils pourront poursuivre le paiement de leurs honoraires, sans être dans la nécessité d'obtenir un jugement de condamnation. Cet exécutoire est délivré par le greffier sur la réquisition du notaire. On s'est alors demandé si l'ordonnance de taxe accompagnée de l'exécutoire emporte hypothèque judiciaire.

Dans notre première édition nous avions résolu cette question par la négative. L'ordonnance de taxe accompagnée de l'exécutoire n'est ni un jugement, ni un acte judiciaire au sens des art. 2117 et 2123, ni même un acte de juridiction [3].

(1) Trib. civ. Douai, 31 mai 1879, D., 81. 3. 40.

(2) Grenier, I, 202; Troplong, I, 448; Aubry et Rau, § 265, texte et note 25, III, 4e éd. p. 257, 5e éd. p. 432; Guillouard, II, 885. — V. Civ. cass., 28 nov. 1904, *Gaz. des Trib.*, 6-7 mars 1905. — *Contra* Pont, I, 589.

(3) Testoud, *Rev. crit.*, 1888, *Nouv. série*, XI, p. 169; Didio, *Comment. L. 5 août 1881*, n. 35; *Rev. du notar.*, 1882, p. 253; Vignancour, *Et. sur L. 5 août 1881*, n. 36; A. de Cosnac, *Rev. du n tar.*, 1888, p. 323; Defresnois, *Comment. L. 5 août 1881*, n. 24; Dutruc, *Bull. de la taxe*, V, p. 92; Guillouard, II, 896; Huc, XIII, 199; Beudant, II, p. 117, note 2. — Trib. civ. Valence, 30 juill. 1884, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 738, S., 85. 2. 189. — Trib. civ. La Châtre, 13 mars 1884; Trib. civ. Langres, 14 mai 1884, S., 86. 2. 46. — Trib. civ. Bourges, 21 juil. 1887, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 738. — Civ. cass. (motifs), 3 août 1887, D., 88. 1. 259, S., 88. 1. 225. — De même, il a été jugé qu'un simple exécutoire de frais n'emporte pas hypothèque judiciaire. Nancy, 30 janv. 1892, D., 92. 2. 528. — *Contra* Amiaud, *Explicat. de la loi du 5 août 1881*, n. 46; Aubertin, *Des honor. et frais d'actes de notaires*, p. 180 s. — Trib. civ. Privas, 13 (ou 15) juillet 1886, cassé par arrêt du 3 août 1887, cité *supra*. — Trib. de Brives, 18 nov. 1886, S., 87. 2. 22.

Par application des mêmes principes, il a été décidé que l'exécutoire délivré à un notaire en vertu de l'art. 30 de la loi du 22 frimaire an VII, pour le recouvre-

1263I. Cette règle a été modifiée par la loi du 24 décembre 1897, *relative au recouvrement des frais dus aux notaires, avoués et huissiers*. Dorénavant l'ordonnance de taxe emporte hypothèque judiciaire. Mais l'époque à laquelle l'inscription peut en être requise varie suivant les cas.

En ce qui concerne les frais dus à un notaire, l'al. 8 de l'art. 4 de la loi du 24 décembre 1897 dispose : « *L'ordon-* » *nance de taxe vaut titre exécutoire, elle emporte hypothè-* » *que judiciaire ; mais elle ne pourra être exécutée et l'ins-* » *cription ne pourra être prise valablement qu'après l'expira-* » *tion du délai d'opposition* ».

Au contraire, en ce qui concerne les frais, non liquidés par le jugement ou l'arrêt, réclamés par un avoué distractionnaire des dépens contre la partie adverse condamnée à les payer, l'art. 5-3° dit : « *L'ordonnance de taxe pourra être* » *exécutée dès qu'elle aura été signifiée et l'inscription de* » *l'hypothèque judiciaire pourra être prise avant même la* » *signification* » (1).

1264. Les créances garanties par l'hypothèque judiciaire varient suivant les cas.

Si elle est la conséquence d'un jugement de condamnation, elle garantit l'exécution de toutes les dispositions qu'il renferme, aussi bien l'acquittement des condamnations accessoires aux intérêts, dommages-intérêts et frais que le paiement de la condamnation principale (2).

Si elle résulte d'un acte judiciaire, elle peut être invoquée à l'effet d'obtenir l'exécution de l'obligation, dont l'existence se trouve ainsi établie.

1265. L'hypothèque judiciaire, qui résulte de plein droit du jugement de condamnation, est soumise au principe général de la publicité. Son efficacité est subordonnée à la condition d'une inscription. Son rang est déterminé, même sur les

ment des droits d'enregistrement par lui versés au Trésor, ne conférait pas l'hypothèque judiciaire. Trib. civ. Albi, 10 août 1897, *Gaz. des Trib.*, 27 oct. 1897.

(1) V. sur le motif de cette différence, Discussion de l'art. 5, D., 98. 4. 7, col. 2. et 3.

(2) Thézard, 80 ; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 257, 5e éd. p. 431 ; Guillouard, II, 926.

biens à venir (1), par la date de l'accomplissement de cette formalité. Cette inscription peut être requise immédiatement après le prononcé du jugement, que le jugement soit contradictoire ou par défaut, que le jugement soit en premier ou en dernier ressort (2). Elle pourrait l'être avant toute signification (3), ou pendant le délai de huitaine, avant l'expiration duquel le jugement ne peut pas être exécuté (4), et même après l'opposition formée (5) ou l'appel inter-

(1) *Infra*, II, 1448 et s.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 2, art. 3, n. 2 et 3; Persil, I, sur l'art. 2123, XXXIII et s.; Delvincourt, III, p. 295; Grenier, I, 194; Battur, II, 327; Duranton, XIX, 338; Troplong, II, 443 *bis* et *ter* et 444; Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 926, n. VI, et *Mélanges*, I, p. 371; Pont, I, 596; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 258, 5e éd. p. 434; Thézard, 80; Guillouard, II, 915; Huc, XIII, 198; Planiol, II, 2859. — Riom, 6 mai 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1160, S., 10. 2. 39. — Bruxelles, 13 déc. 1810, *J. G.*, eod. v°, 1158, S., 11. 2. 321. — Civ. rej., 21 mai 1811, *J. G.*, eod. v°, 1160, S., 11. 1. 261. — Besançon, 12 août 1811, *J. G.*, eod. v°, 1158. — Rouen, 7 déc. 1812, *J. G.*, eod. v°, 1158, S., 13. 2. 367. — Req., 9 ou 19 déc. 1820, *J. G.*, eod. v°, 1163, S., 21. 1. 369. — Toulouse, 24 fév. 1821, *J. G.*, eod. v°, 1160-2°. — Civ. cass., 29 nov. 1824, *J. G.*, eod. v°, 1158, S., 25. 1. 132. — Toulouse, 27 mai 1830, S., 31. 2. 50. — Civ. rej., 19 juin 1833, *J. G.*, eod. v°, 1164, S., 33. 1. 641. — Rouen, 27 mai 1834, *J. G.*, eod. v°, 1158, S., 34. 2. 579. — Paris, 23 juill. 1840, *J. G.*, eod. v°, 1162, S., 40. 2. 420. — Bordeaux, 22 août 1854, D., 55. 2. 123. — Civ. rej., 17 mars 1880, S., 82. 1. 405. — V. cep. Riom, 9 avril 1807, *J. G.*, eod. v°, 1161, S., 7. 2. 646. — Toulouse, 10 déc. 1824, S., 25. 2. 411. — L'inscription serait sans effet si elle était requise en vertu d'un jugement par défaut périmé faute d'exécution dans les six mois. — Alger, 26 déc. 1896, D., 98. 2. 81.

(3) Riom, 6 mai 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1160, S., 10. 2. 39. — Bruxelles, 13 déc. 1810, *J. G.*, eod. v°, 1158, S., 11. 2. 321. — Rouen, 7 déc. 1812, *J. G.*, eod. v°, 1158, S., 13. 2. 367. — Civ. cass., 29 nov. 1824, *J. G.*, eod. v°, 1158, S., 25. 1. 132. — Toulouse, 27 mai 1830, S., 31. 2. 50. — Civ. rej., 19 juin 1833, *J. G.*, eod. v°, 1164, S., 33. 1. 641. — Rouen, 27 mai 1834, *J. G.*, eod. v°, 1158, S., 34. 2. 579.

(4) Req., 9 ou 19 déc. 1820, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1163, S., 21. 1. 369. — Paris, 23 juill. 1840, *J. G.*, eod. v°, 1162, S., 40. 2. 420.

(5) Pont, I, 596; Guillouard, II, 897-898; Huc, XIII, 198; Garsonnet et Cézar-Bru, VI, § 2272. — Trib. civ. Rennes, 5 avril 1897, D., 99. 2. 281. — Pau, 27 juillet 1898, D., 98. 2. 499, S., 98. 2. 272. Mais l'efficacité de l'inscription dépend de la décision qui sera rendue sur l'opposition. — Trib. civ. Rennes, 5 avril 1897, D., 99. 2. 281. — *Contra* Trib. civ. Seine, 2 avril 1897, *Gaz. des Trib.*, 10 oct. 1897. — Paris, 15 juin 1904, *Gaz. des Trib.*, 5 août 1904. Ces décisions sont fondées sur ce que d'après la théorie généralement admise par la jurisprudence, l'opposition régulière, pourvu qu'elle ne soit pas tardive, anéantit le jugement par défaut. Civ. rej., 6 mars 1889, D., 90. 1. 70, et la note de M. Glasson, S., 89. 1. 198. — Civ. rej., 3 fév. 1892, D., 92. 1. 115, S., 92. 1. 140. — Paris, 9 août 1893, D., 94. 2. 301. — *Contra* Pau, 27 juill. 1898, S., 98. 2. 272.

jeté [1]. L'inscription de l'hypothèque judiciaire est une mesure conservatoire, et non un acte d'exécution ; par conséquent il importe peu qu'au moment où cette inscription est prise l'exécution du jugement soit suspendue.

Rappelons toutefois que cette règle ne s'applique pas, ainsi que nous l'avons déjà vu, aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture. L'inscription ne peut pas alors être requise avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette [2].

Rappelons aussi l'exception relative à l'inscription de l'hypothèque judiciaire résultant des ordonnances de taxe [3].

1265 I. Une seule inscription suffit pour assurer la pleine efficacité de l'hypothèque sur tous les immeubles que le débiteur possède actuellement ou pourra acquérir par la suite dans l'étendue du bureau [4].

II. *Assiette de l'hypothèque judiciaire.*

1266. L'hypothèque judiciaire est générale, comme l'hypothèque légale de la femme mariée et celle des mineurs et des interdits ; elle porte donc sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur [5] et même sur les actions de la Banque de France immobilisées qui peuvent lui appartenir ; elle frappe notamment les biens qu'il acquiert par voie d'échange sans cesser d'atteindre ceux dont il a transféré la propriété en vertu du contrat, et qu'elle suit entre les mains du tiers acquéreur [6] : « *Elle peut s'exercer* », dit l'art. **2123** al. **2**, « *sur les im-* » *meubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir,* » *sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées* ». Ces derniers mots font allusion à la réduction de l'hypothèque judiciaire, dont il est question aux art. **2161** et suiv. La loi du **11** brumaire de l'an VII, nous l'avons déjà dit, avait soumis dans une certaine mesure l'hypothèque judiciaire au

[1] Bordeaux, 22 août 1854, D., 55. 2. 123. — Req., 31 déc. 1867, D., 68. 1. 219, S., 68. 1. 99. — Chambéry, 22 déc. 1879, S., 80. 2. 241.

[2] *Supra*, II, 1260.

[3] *Supra*, II, 1263 I.

[4] Troplong, II, 436 ; Pont, I, 598 ; Huc, XIII, 200. — V. *infra*, II, 1666.

[5] Cpr. Limoges, 3 juin 1871, D., 72. 2. 88, S., 71. 2. 84.

[6] Trib. civ. Muret, 3 août 1897, *Gaz. des Trib.*, 8 octobre 1897.

principe de la spécialité, en décrétant qu'elle porterait seulement sur les immeubles présents du débiteur; le code civil, à tort selon nous, lui a restitué la généralité qu'elle avait dans notre ancien droit. Rappelons cependant que, comme les hypothèques légales, elle ne s'étend pas aux navires qui sont ou deviennent la propriété du débiteur (L. 10 juil. 1885, art. 1).

1267. L'hypothèque résultant d'un jugement de condamnation ne frappe que les immeubles présents et à venir du *débiteur* (1); elle ne saurait atteindre actuellement ceux sur lesquels il n'aurait qu'un droit éventuel (2). Elle n'atteint pas non plus, après sa mort, les immeubles de ses héritiers, eussent-ils accepté sa succession purement et simplement. « Générale » hypothèque de tous biens comprend les présents et à venir, » et non ceux des hoirs », disent les Institutes coutumières de Loysel (3).

Ce n'est que dans le cas où le jugement aurait été rendu après le décès du débiteur contre ses héritiers purs et simples que l'hypothèque grèverait tous les immeubles sans distinction appartenant à ceux-ci.

1268. Faut-il tirer de ce principe la conclusion que l'hypothèque judiciaire ne frappe pas les immeubles qui, au moment de sa naissance, étaient déjà sortis du patrimoine du débiteur par l'effet d'une aliénation, *v. g.* d'une vente ?

Sous l'empire du code, cette question ne pouvait soulever aucune difficulté; l'affirmative était certaine, pourvu que la convention fût constatée par un acte faisant foi de sa date. La vente dépouillait, immédiatement et par la seule perfection du contrat, le vendeur de son droit de propriété sur l'immeuble aliéné, même à l'égard des tiers. Il suffisait donc

(1) Louisiane, *C. civ.*, art. 3295-3296.

(2) Aubry et Rau, § 265, texte et note 26 *septies*, III, 4e éd. p. 258, 5e éd. p. 435; Guillouard, II, 918. — Req., 23 fév. 1883, D., 84. 1. 194, S., 84. 1. 275 et le rapport de M. Babinet.

(3) Loysel, *Instit. cout.*, livre III, tit. VII, § 21, n. 503. — V. également Pocquet de Livonnière, *Règles du dr. fr.*, liv. X, chap. IV, art. 24; Pothier, *Introd.* au tit. XX de la coutume d'Orléans, n. 20; Bourjon, *Dr. comm. de la France*, liv. VI, tit. VI, sect. 6, n. 41, II, p. 539; Thézard, 81; Aubry et Rau, § 265, note 26 *octies*, III, 5e éd. p. 435. — Il en était autrement d'après l'art. 27 L. 9 messidor an III.

qu'elle fût antérieure au jugement de condamnation pour que l'hypothèque judiciaire ne pût atteindre le bien. Celle-ci ne frappe que les immeubles appartenant au débiteur condamné ; elle ne saurait grever ceux qui ont cessé d'être sa propriété. L'art. 834 Pr. civ. ne modifia en rien cette solution ; car s'il permet d'inscrire une hypothèque après l'aliénation de l'immeuble, il suppose que l'hypothèque l'a frappé valablement et, comme nous venons de le dire, il faut, à ce point de vue, que l'immeuble soit la propriété du débiteur au moment de la naissance du droit hypothécaire. Cette condition n'est pas réalisée dans l'espèce ; cela suffit pour justifier la solution que nous avons indiquée. Le créancier ne pourrait invoquer l'hypothèque que si l'aliénation avait eu lieu en fraude de ses droits et si, par l'exercice de l'action paulienne, il faisait considérer cet acte comme non avenu à son égard.

La jurisprudence a en effet reconnu à des créanciers postérieurs à l'acte critiqué le droit de l'attaquer par l'action paulienne, lorsque la fraude a été commise à l'encontre des créanciers futurs [1].

1269. Depuis la loi du 23 mars 1855, le transfert de la propriété des immeubles, s'il a lieu à titre onéreux, ne devient opposable aux tiers que par la transcription de l'acte d'aliénation. Les créanciers hypothécaires sont incontestablement des tiers dans le sens de l'art. 3 de la loi de 1855. Pourvu qu'ils aient fait inscrire leur hypothèque en temps utile, ils peuvent se prévaloir contre l'acquéreur du défaut de transcription de son titre. Cette règle s'applique certainement à celui dont l'hypothèque, spécialement l'hypothèque conventionnelle, a été constituée au moment même de la naissance de la créance. En est-il de même lorsque l'hypothèque n'est constituée qu'à une date postérieure, et résulte par exemple d'un jugement de condamnation ? On voit immédiatement le motif de douter. A l'origine, le créancier n'était qu'un créancier chirographaire. S'il a acquis sur le patrimoine de son débiteur le droit de gage général de l'art. 2092, ce droit frappe l'ensem-

[1] Montpellier, 16 nov. 1889, D., 90. 2. 170. — Req., 5 janv. 1891, D., 91. 1. 331, S., 91. 1. 146. — V. Baudry-Lacantinerie et Barde, I, 689.

ble des biens sans en atteindre aucun d'une façon particulière. Il ne peut pas s'exercer sur les biens qui, dès ce moment, avaient cessé d'être la propriété du débiteur ; il ne peut pas non plus s'exercer sur les biens aliénés postérieurement par le débiteur, pourvu que ce soit sans fraude. Or, pourrait-on dire, l'hypothèque judiciaire a pour but et pour but unique de conférer au créancier une cause de préférence sur les biens affectés à sa sûreté. Jusqu'au jugement, le créancier n'est qu'un créancier chirographaire. Les actes passés par le débiteur lui sont opposables. Les biens aliénés ont cessé d'être son gage. Le créancier ne peut pas acquérir sur eux une cause de préférence. Si l'acte d'aliénation n'a pas été transcrit, il n'en est pas moins opposable aux créanciers chirographaires, qui ne sont pas des tiers dans le sens de l'art. 3 de la loi de 1855, qui ne sont que des ayant cause à titre universel et qui ne peuvent pas opposer le défaut de transcription. Comment le jugement de condamnation pourrait-il leur faire acquérir un droit de préférence sur un bien qui n'a jamais été ou qui a cessé d'être affecté à leur paiement ? On conclut que l'hypothèque judiciaire ne frappe pas les immeubles aliénés par le débiteur, quoique l'acte d'aliénation n'ait pas été transcrit, et que la loi de 1855 n'a apporté sur ce point aucune modification aux règles du code [1]. On va plus loin et, en vertu du même raisonnement, on étend cette solution au cas où, après l'aliénation mais avant toute transcription, une hypothèque conventionnelle aurait été constituée pour sûreté d'une dette antérieurement contractée [2].

Nous ne croyons pas nécessaire d'entrer dans l'examen détaillé de cette question qui relève plutôt de la théorie de la transcription que de la théorie de l'hypothèque judiciaire. Il nous semble cependant nécessaire d'indiquer nos préférences et de justifier sommairement notre solution. Nous pensons, contrairement à l'opinion précédente, que l'hypothèque judiciaire frappe les immeubles aliénés par le débiteur, pourvu qu'elle ait été inscrite avant la transcription de l'acte d'alié-

[1] Mourlon, *Transcr.*, II, 490 ; Binet, *Rev. crit.*, 1877, *Nouv. sér.*, VI, p. 433 s. — Nancy, 14 juin 1876, D., 78. 2. 129, S., 78. 2. 33.

[2] Binet, *loc. cit.*, p. 437.

nation. En effet, si les créanciers chirographaires ne sont pas des tiers, s'ils ne peuvent pas à ce titre se prévaloir du défaut de transcription aucune disposition ne s'oppose à ce qu'ils acquièrent cette qualité et à ce qu'ils exercent les droits qui en sont la conséquence. Ainsi, si un créancier chirographaire achète de son débiteur un immeuble déjà aliéné par celui-ci et si la convention ne constitue pas une dation en paiement, il ne paraît pas contestable que ce nouvel acquéreur ne soit un tiers et ne puisse opposer au premier le défaut de transcription de son titre. Le créancier chirographaire qui, en vertu de sa créance, n'était qu'un ayant cause à titre universel, est devenu un tiers par l'effet de cette convention nouvelle. Il n'est plus tenu à ce titre de subir l'effet des actes, dont il supporterait les conséquences en qualité de créancier chirographaire. Nous ne voyons aucun motif de différence. Par l'effet du jugement, le créancier chirographaire devient créancier hypothécaire. Dès lors, il est un tiers au point de vue de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, dont la formule est plus large que celle de l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII, et il peut, comme celui dont l'hypothèque a été constituée au moment de la naissance de la créance, se prévaloir du défaut de transcription [1].

1270. L'hypothèque judiciaire, comme toutes les autres, se trouve soumise aux mêmes modalités que le droit de propriété du débiteur.

Si, par exemple, son patrimoine comprend des immeubles, dépendant d'une succession à laquelle il est appelé avec d'autres héritiers, l'hypothèque frappera actuellement sa part indivise; mais l'efficacité en restera subordonnée aux éventualités du partage [2]. Les immeubles attribués par cet acte

[1] Demangeat sur Bravard, V, p. 300; Aubry et Rau, § 209, texte et note 80, II, 4e édit. p. 307, 5e édit. p. 458; Labbé, *Note* dans S., 78. 2. 33; Beudant, *Note* dans D., 78. 1. 49; Beudant, II, p. 150, note 4. — Nancy, 27 déc. 1879, D., 80. 2. 119, S., 80. 2. 174. — Civ. cass., 23 avril 1884, D., 85. 1. 19, S., 84. 1. 209. — Req., 16 fév. 1887, D., 87. 1. 259, S., 88. 1. 257. — Req., 13 juill. 1891, D., 92. 1. 483, S., 92. 1. 257 (*Note* de M. Garsonnet). — Req., 1er déc. 1902, D., 04. 1. 5 (*Note* de M. de Loynes), S., 03. 1. 180.

[2] Thézard, 81; Aubry et Rau, § 265, texte et note 26 *decies*, III, 5e édit. p. 435-436.

ou adjugés sur licitation à un autre cohéritier en demeureront définitivement affranchis; ils devront même être considérés comme n'ayant jamais été atteints; en vertu de l'effet rétroactif du partage (art. 883), ils sont censés n'avoir jamais été la propriété de l'héritier condamné. Au contraire, les immeubles attribués par le partage ou adjugés sur licitation à l'héritier débiteur sont grevés, et grevés pour le tout, de l'hypothèque judiciaire. Enfin, si l'immeuble est adjugé sur licitation à un étranger, chacun des copropriétaires est considéré comme vendeur pour sa part et portion; l'hypothèque judiciaire continuera de grever l'immeuble dans la même mesure entre les mains du tiers acquéreur. Ne faut-il pas cependant, dans l'application de la solution ci-dessus, tenir compte du résultat des opérations de liquidation et du partage? Ne faut-il pas déclarer destituées de toute efficacité les hypothèques nées du chef d'un cohéritier, auquel n'a été attribuée aucune part du prix d'adjudication des immeubles indivis ? La difficulté est très sérieuse; elle se rattache à la théorie de l'effet déclaratif du partage. Nous n'avons pas à la traiter. Disons seulement que la jurisprudence de la cour de cassation, dont l'opinion rencontre une vive résistance, se prononce en faveur de la négative [1].

De même l'hypothèque judiciaire qui frappe, comme nous l'avons dit, les biens acquis par le débiteur en vertu d'un échange, cessera de les atteindre si le copermutant, venant à être évincé, agit en résolution du contrat et répète sa chose conformément à l'art. 1705.

1271. Le jugement de condamnation, prononcé contre une femme mariée sous le régime dotal, entraîne-t-il hypothèque judiciaire sur ses immeubles dotaux inaliénables ?

Nous établissons à cet égard la règle suivante : Le jugement emportera hypothèque sur tous les immeubles que le créancier

[1] V. notamment Req., 22 février 1881, D., 81. 1. 409, S., 84. 1. 117. — Civ. rej., 14 décembre 1887, D., 88. 1. 385, S., 89. 1. 193. — Toulouse, 30 juil. 1888, D., 89. 2. 25, S., 89. 2. 99. — Orléans, 25 juil. 1890, D., 91. 2. 238, S., 91. 2. 167. — Civ. cass., 17 février 1892, D., 92. 1. 191. — Req., 19 oct. 1896, D., 97. 1. 44, S., 98. 1. 41. — Civ. cass., 7 juin 1899, D., 99. 1. 376, S., 99. 1. 467. — Civ. rej., 18 juin 1900, S., 00. 1. 361. — Rapp. *infra*, II, 1322. — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3290 et *Note* de M. de Loynes dans D., 00. 2. 49.

pourrait atteindre, indépendamment du jugement, en vertu du droit de gage général que lui confère l'art. 2092, mais non sur ceux qui échappent à ce droit de gage. Le jugement n'a pas en effet pour résultat d'augmenter l'étendue du droit de gage du créancier, en y faisant entrer des biens que la femme n'a pas la capacité d'engager ou d'affecter à l'exécution de ses obligations, et qui, pour ce motif, sont soustraits à l'action des créanciers envers lesquels elle s'est obligée pendant le mariage par un acte volontaire et licite, mais seulement de consolider ce droit de gage, de le fortifier en conférant au créancier une hypothèque et par conséquent un droit de préférence. De là il résulte notamment que le créancier d'une obligation, contractée par la femme dotale pendant le cours du mariage, n'acquerra pas, en vertu du jugement de condamnation qu'il obtiendra contre la femme, l'hypothèque judiciaire sur les immeubles dotaux inaliénables de sa débitrice. Quant aux condamnations obtenues à raison de dettes antérieures au mariage, il y aurait des distinctions à faire, dans lesquelles nous n'entrerons pas [1].

1272. Mais s'il en est ainsi pour les immeubles que l'incapacité particulière de la femme mariée sous le régime dotal soustrait d'une manière absolue à l'action de certains de ses créanciers, il n'en est pas de même pour les autres incapacités qui n'ont pas le même caractère. Ainsi le jugement de condamnation, régulièrement obtenu contre un mineur, un interdit ou une personne pourvue d'un conseil judiciaire, entraînerait hypothèque judiciaire sur tous ses immeubles présents et à venir [2].

Pour justifier cette solution, on se contente généralement de dire : Ce n'est pas le débiteur qui hypothèque, c'est la justice ou plutôt la loi, et par conséquent l'incapacité du débiteur importe peu.

[1] V. sur tous ces points de Loynes, *Femme mariée sous le régime dotal, Obligations nées pendant le mariage. Exécution*, 7 s. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, 1677 et s.; Beudant, II, 674; Planiol, II, 2868. — Cpr. de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 158 s.

[2] Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 259, 5e éd. p. 435; Thézard, 81; Planiol, II, 2869.

Ce raisonnement suffit pour ceux qui considèrent la règle de l'art. 1554 comme une règle d'indisponibilité. Ils appliquent des solutions différentes à des cas différents. Inaliénabilité et incapacité ne sont pas régies par les mêmes principes. Mais si l'inaliénabilité des immeubles ou des biens dotaux a pour fondement l'incapacité particulière qui atteint la femme mariée sous le régime dotal, ne faut-il pas une autre justification? Comment et pourquoi l'incapacité de la femme dotale fait-elle obstacle dans certains cas à l'existence de l'hypothèque judiciaire, tandis qu'il en est autrement de l'incapacité du mineur, de l'interdit et de la personne pourvue d'un conseil judiciaire? Il nous semble qu'il faut rechercher l'explication de cette différence dans la considération suivante. L'hypothèque judiciaire n'a pas pour but de faire acquérir au créancier un droit de gage sur des biens qui n'ont pu lui être affectés en vertu des règles de la loi; elle n'a pour but que de fortifier ses garanties; elle lui confère un droit de préférence sur des biens déjà soumis à son action ou susceptibles d'y être soumis en vertu de la nouvelle qualité qu'il acquiert. Mais elle ne peut s'étendre à des biens que la volonté des parties a, conformément à la loi, soustraits aux conséquences des actes accomplis par leur propriétaire; s'il en était autrement, les parties réaliseraient indirectement ce que la loi leur interdit de faire directement. Telle est effectivement la situation de la femme dotale. Tout autre est la condition du mineur, de l'interdit et de la personne pourvue d'un conseil judiciaire. Tous leurs biens meubles ou immeubles sont affectés à l'exécution des obligations valablement nées à leur charge. N'est-il pas logique d'en conclure que le jugement de condamnation engendrera sur tous ces immeubles une hypothèque au profit de celui qui l'a obtenu? Cette hypothèque ne naît pas par la volonté du débiteur condamné; elle résulte de plein droit du jugement de condamnation. Il n'y a donc pas lieu de rechercher si le débiteur pouvait consentir une hypothèque conventionnelle; son incapacité n'empêche pas l'hypothèque judiciaire.

1273. L'hypothèque, résultant d'un jugement obtenu contre le mari marié sous le régime de la communauté, grève-t-elle

définitivement les conquêts, de telle sorte qu'elle puisse, après la dissolution et le partage de la communauté, être opposée à la femme sur les biens mis dans son lot?

Pothier examinait cette question au double point de vue de l'hypothèque conventionnelle, conséquence de toute obligation constatée par acte notarié, et de l'hypothèque résultant d'une sentence de condamnation. Voici la distinction qu'il proposait [1].

S'agit-il de dettes nées ou d'une condamnation prononcée pendant le mariage, l'hypothèque grève d'une manière définitive les conquêts présents et futurs et les suit, après le partage, entre les mains de la femme. En effet, dit Pothier, « le » mari qui avait en ce temps la qualité de chef de la com- » munauté, et qui est censé s'être obligé ou avoir été con- » damné envers eux (les créanciers), non seulement en son » propre nom, mais aussi en cette qualité, est censé obligé » par ces actes sous l'hypothèque de tous les biens qu'il » avait droit alors d'hypothéquer, et par conséquent sous l'hy- » pothèque de tous les immeubles de sa communauté présents » et à venir, la qualité de chef de la communauté qu'il avait, » lui donnant alors le droit d'en disposer, de les aliéner, » engager et hypothéquer tous irrévocablement, suivant l'art. » 225 de la coutume de Paris, et suivant le droit commun. » Une femme qui a accepté la communauté étant censée » avoir fait en sa qualité de commune tout ce que son mari » a fait durant la communauté, comme nous l'avons vu, le » mari ayant, durant la communauté, en sa qualité de chef » de la communauté, hypothéqué à ses créanciers tous les » conquêts de la communauté, sa femme est censée, en sa » qualité de commune, les avoir elle-même hypothéqués » pour la part qu'elle y aurait par le partage de la commu- » nauté ».

S'agit-il au contraire des obligations antérieures au mariage, il en est autrement. « Quoiqu'il se soit obligé, dit » Pothier, envers eux sous l'hypothèque de tous ses biens

[1] Pothier, *Commun.*, n. 752 et 753. — Cpr. Duplessis, *Commun.*, livre 1er, p. 408 à la note.

» présents et à venir, lesdits créanciers n'ont aucun droit » d'hypothèque sur les conquêts échus à la femme, par le » partage. Le mari n'a pu leur hypothéquer la part de la » femme, n'y ayant que la qualité de chef de la communauté » qu'il n'avait point encore qui eût pu lui donner ce droit ».

Mais cette doctrine n'était pas généralement admise. Lebrun (1) et Bourjon (2) notamment font une distinction bien différente, ils se préoccupent exclusivement du caractère de la dette. « Si la veuve, dit Lebrun, a accepté la communauté » et a eu des conquêts en partage, on la peut poursuivre » hypothécairement et pour le tout, pour une dette mobilière » créée par son mari avant le mariage, parce que cette dette » est entrée en communauté, et les conquêts y sont affectés » pour le tout. Il en est de même si la dette mobilière a été » créée par la femme avant le mariage et que le mari ait eu » les conquêts en partage ». Bourjon professe la même doctrine et prévoyant le cas où le contrat de mariage ne contient pas décharge des dettes antérieures au mariage et où la femme se trouve, pour ce motif, chargée des dettes de son mari antérieures au mariage, il dit : « C'est le cas où je » trouve difficulté et dans lequel je l'assujettirais (la femme) » pour ce à l'action hypothécaire : telles dettes étant en ce » cas de communauté, et qui étant hypothécaires produisent » cette action contre elle ».

1274. La controverse, qui divisait ainsi nos anciens jurisconsultes, existe encore et met aux prises les auteurs contemporains. Elle ne s'agite, il est vrai, qu'en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire, les actes notariés n'engendrant plus une hypothèque générale sur les immeubles présents et à venir du débiteur. Remarquons tout d'abord que la difficulté n'existe pas lorsque la dette a été contractée par le mari et que le jugement a été rendu contre lui pendant la durée de la société conjugale. Il est certain que dans ce cas les immeubles de communauté restent, entre les mains de la femme à laquelle ils ont été attribués, grevés de l'hypothèque

(1) Lebrun, *Commun.*, liv. II, ch. III, sect. 3, n. 12, p. 281.

(2) Bourjon, *Le droit commun de la France,* liv. III, tit. X de la communauté, 3e partie, ch. VII, n. 9, I, p. 563.

judiciaire [1]. Sous le bénéfice de cette observation préliminaire, abordons maintenant l'étude de la controverse.

Une première opinion, qui se prévaut à tort, semble-t-il, de l'autorité de Pothier, distingue entre les dettes contractées par le mari avant et depuis le mariage. La condamnation prononcée à raison des premières donne naissance à une hypothèque judiciaire qui grève les conquêts pendant la durée de la société conjugale, mais qui, après sa dissolution, cesse de frapper les immeubles tombés au lot de la femme [2]. Il en est autrement pour les condamnations prononcées à raison des secondes, de celles qui sont nées pendant la communauté [3].

Une deuxième opinion, qui peut plus justement, croyons-nous, s'autoriser du passage de Pothier, distingue suivant la date de la condamnation. Le jugement a-t-il été rendu pendant la communauté, les conquêts sont et restent, même entre les mains de la femme acceptante, grevés de l'hypothèque judiciaire [4]. Au contraire si la condamnation est antérieure au mariage, l'hypothèque judiciaire, qui s'est étendue aux conquêts pendant la durée de la communauté, cesse de les atteindre, lorsqu'après la dissolution ils ont été attribués par le partage à la femme [5].

Enfin, dans une dernière opinion, on reproduit la théorie enseignée dans notre ancienne jurisprudence par Lebrun et Bourjon. Si la dette à l'occasion de laquelle est intervenu le jugement de condamnation est tombée en communauté, l'hypothèque judiciaire grève définitivement les conquêts, même entre les mains de la femme acceptante. Il n'y a pas lieu de tenir compte de l'époque à laquelle a été rendu le jugement; la solution est la même, que la condamnation ait été pronon-

(1) Pothier, *Communauté*, n. 752; Aubry et Rau, § 265, texte et note 27, III, 4e éd. p. 258, 5e éd. p. 436; Guillouard, II, 919, *Cont. de mar.*, III, 1336. — Lyon, 16 juil. 1881, D., 82. 2. 175.

(2) Troplong, II, 436 *ter*; Persil, *Quest.*, v° *Hyp. judic.*, § 4.

(3) V. Guillouard, II, 920.

(4) Lyon, 16 juill. 1881, D., 82. 2. 175, S., 82. 2. 237.

(5) Delvincourt, III, p. 65; Aubry et Rau, § 265, texte et notes 28 et 29, III, 4e éd. p. 258-259, 5e éd. p. 436-437; de Vareilles-Sommières, *L'hyp. judic.*, p. 163 s. — Cpr. Huc, XIII, 200.

cée avant ou depuis le mariage. Si la dette n'est pas tombée dans la communauté, l'hypothèque judiciaire ne frappe du chef du mari les immeubles de la communauté que pendant la durée de la société, elle ne saurait les suivre dans le patrimoine de la femme qui les a reçus dans son lot [1].

1275. Voici les motifs qui nous déterminent à préférer l'opinion de Lebrun et de Bourjon. Le créancier, au profit duquel est rendu un jugement de condamnation, acquiert une hypothèque sur tous les immeubles présents et à venir de son débiteur. Nulle difficulté n'est possible et n'est soulevée lorsque, le jugement étant prononcé pendant la communauté, la condamnation atteint le mari en son nom personnel et en sa qualité de chef de la communauté. La femme acceptante est obligée de subir les conséquences d'un acte auquel elle a été valablement représentée par son mari en sa qualité de femme commune en biens. Le seul cas qui puisse faire et qui fait sérieusement difficulté est celui où la condamnation est antérieure au mariage. Même dans cette hypothèse, nous pensons que l'hypothèque judiciaire grève après le partage non seulement les immeubles attribués au mari, mais encore ceux qui ont été mis au lot de la femme. La dette en effet tombe dans la communauté; elle y tombe avec toutes les garanties dont elle était assortie avant le mariage, spécialement avec l'hypothèque judiciaire qui était la conséquence du jugement de condamnation. La communauté, c'est-à-dire l'association née à la suite de l'union des deux époux, devient débitrice; par suite l'hypothèque judiciaire atteint tous les immeubles qui en dépendent. La femme acceptante reçoit les immeubles mis dans son lot avec toutes les charges qui les grevaient; sa qualité de femme commune, devenue définitive par son acceptation, ne lui permet pas d'échapper à cette conséquence des principes. Il faut et il suffit pour cela que la dette soit tombée dans la communauté. Peu importe que, dans les rapports des époux entre eux, elle

[1] Troplong, *Contr. de mar.*, III, 1676; Pont, I, 593; Duranton, XIV, 498; Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 991, *Mélanges*, I, p. 396-397; Odier, *Contr. de mar.*, I, 567; Toullier, XIII, 263; Bertauld, *De l'hyp. lég. des femmes mariées*, 66 s.; Guillouard, II, 923; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 1147 *bis;* Surville, II, 643; Planiol, II, 2867.

soit de celles qui ne deviennent communes qu'à charge de récompense.

Mais il en serait autrement si la dette se trouvait exclue de la communauté même à l'égard des tiers, et restait après le mariage une dette personnelle du mari. La condamnation ne pourrait affecter que les biens du débiteur, du mari dans l'espèce. Peut-être pourrait-on décider alors que l'hypothèque judiciaire, résultant du jugement rendu contre le mari avant le mariage, atteint pendant la communauté les immeubles communs ; mais même en admettant cette solution, susceptible cependant d'être contestée, nous croyons qu'après la dissolution de la communauté, elle ne frappe pas les immeubles mis au lot de la femme acceptante.

En serait-il de même si la condamnation du mari avait été prononcée pendant la communauté? Pourquoi pas? Ne pourrait-on pas soutenir, avec quelque apparence de raison, que la dette n'étant pas une dette de communauté, le mari n'a été condamné qu'en son nom personnel et non en qualité de chef de la communauté, que l'hypothèque judiciaire ne saurait alors atteindre des immeubles communs qui, attribués par le partage à la femme acceptante, sont censés n'avoir jamais été la propriété du mari?

1276. La même question s'agite pour les obligations de la femme commune antérieures à la célébration du mariage. Si, en vertu des conventions matrimoniales, elles ne tombent pas en communauté, il faudra leur appliquer la solution que nous avons exposée pour les obligations identiques du mari. L'hypothèque judiciaire résultant du jugement de condamnation ne grèvera pas les immeubles de la communauté [1]. Si, au contraire, les dettes font partie du passif commun, une distinction semble naturellement indiquée.

Si le créancier, usant de son droit, a poursuivi, pendant le mariage, son paiement contre la femme et la communauté

[1] Bordeaux, 8 août 1895, D., 96. 2. 441 (*Note* de M. de Loynes). L'arrêt applique la même solution aux intérêts, quoiqu'ils tombent à la charge de la communauté. En l'absence de stipulation ou de condamnation, l'hypothèque ne peut être la garantie des intérêts, qu'autant qu'elle garantit le capital : « *Le créancier... inscrit pour un capital produisant intérêts...* », dit l'art. 2151.

devenue sa débitrice, le jugement de condamnation emportera une hypothèque judiciaire sur les immeubles propres de la femme, sur les conquêts de la communauté et même sur les immeubles propres du mari condamné en qualité de chef de la communauté. Cette hypothèque continuera d'exister après la dissolution de la société conjugale, quelque parti que prenne la femme sur l'acceptation et la répudiation, quel que soit le résultat du partage en cas d'acceptation (1).

En sera-t-il de même si la condamnation est antérieure au mariage et a été prononcée contre la femme seule? Lebrun, qui examine la question (2), la résout en faveur des créanciers et décide que par l'action hypothécaire ils peuvent poursuivre le mari pour le tout sur les conquêts qu'il a reçus en partage ou qui sont demeurés sa propriété par l'effet de la renonciation de la femme. Le raisonnement que nous présentons pour le mari s'applique également à la femme. La condamnation prononcée contre celle-ci a donné naissance à une hypothèque judiciaire qui frappe les biens présents et à venir de la débitrice. Or le mariage de la femme, accompagné de l'adoption du régime de la communauté légale, a fait de cette dette une dette commune; son caractère n'est pas modifié; elle reste une dette hypothécaire et doit grever de la même manière le patrimoine commun (3).

Des auteurs (4) combattent très énergiquement cette solution. Ils soutiennent que l'hypothèque générale du créancier, qui a obtenu avant le mariage une condamnation contre la femme, ne saurait atteindre ni les conquêts de la communauté, ni à plus forte raison les immeubles du mari. S'il en est autrement pour les créanciers du mari, c'est qu'il se produit entre le mari et la communauté une confusion qui est irrévocable quant aux dettes, c'est que les immeubles de la communauté sont incorporés avec le patrimoine du mari et qu'il n'existe qu'un seul patrimoine pour répondre de ces dettes. La femme au contraire conserve toujours une exis-

(1) Guillouard, II, 924.
(2) Lebrun, *Tr. de la comm., loc. sup. cit.*
(3) Troplong, *Cont. de mar.*, III, 1804.
(4) Berlauld, *De l'hyp. des femmes mariées*, 74; Guillouard, II, 924.

tence distincte de l'existence de la société et de son gérant.

Sans doute la femme conserve son existence propre, sa personnalité et par suite son patrimoine personnel, mais l'objection est-elle bien fondée lorsqu'il s'agit de dettes qui tombent dans la communauté? Si la femme demeure débitrice personnelle, est-ce que la communauté n'est pas également débitrice? N'est-elle pas débitrice au même titre et dans les mêmes conditions que la femme?

On objecte encore que la communauté, en admettant même qu'on l'assimile à un successeur à titre universel, ne saurait être atteinte par l'hypothèque judiciaire, parce que cette sûreté frappe seulement, comme nous l'avons déjà dit, les immeubles du débiteur et non ceux de son héritier.

Cette argumentation n'est pas parfaitement exacte. Alors même que la communauté acquerrait à titre universel les meubles des époux, il est certain que le législateur ne la traite pas comme un successeur à titre universel; l'art. 1410 le prouve à l'évidence; l'acte sous seing privé fait foi de sa date à l'égard des ayants cause universels ou à titre universel de celui qui l'a signé. L'acte sous signature privée, qui constate une obligation de la femme antérieure au mariage, n'a pas cette force probante à l'égard du mari et de la communauté. D'un autre côté, cette assimilation n'est pas fondée, car la communauté n'est en réalité que la somme des intérêts communs et confondus des époux; elle ne les remplace pas, elle les associe; il ne peut donc pas être question d'un ayant cause à titre universel; on ne peut tirer aucun argument des règles applicables aux héritiers d'une personne décédée [1].

1277. On s'est demandé si le bénéfice d'une hypothèque judiciaire pouvait être invoqué par le créancier porteur d'un titre exécutoire qui aurait actionné son débiteur. L'affirmative ne nous paraît pas devoir souffrir difficulté [2]. Sans doute le

[1] Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 1647 *bis*. — Cpr. Duranton, XIV, 499; Odier, *Contr. de mar.*, I, 568. Nous n'osons citer ces auteurs dans un sens ou dans l'autre. Il plane quelque incertitude sur le point de savoir si leur solution est spéciale au cas où la dette ne tombe pas en communauté ou si elle s'étend même à l'hypothèse où elle est définitivement à la charge de la communauté.

[2] Guillouard, II, 914; Beudant, II, 624; Planiol, II, p. 909, note 1. — Cpr. Req., 13 déc. 1871, D., 72, 1, 245.

créancier peut *de plano,* en vertu de son titre, poursuivre la vente des biens de son débiteur. A ce point de vue, le jugement ne lui offre aucun avantage. Mais il lui procure une cause de préférence, que le titre de sa créance ne lui assurait pas. Il serait d'ailleurs contraire à la raison de faire au créancier porteur d'un titre exécutoire une situation inférieure à celle du créancier, dont le droit est constaté par un acte sous signature privée. Ce dernier ne peut obtenir un titre exécutoire qu'en s'adressant à justice ; le jugement rendu emportera hypothèque judiciaire. Nous avons même vu qu'une action en reconnaissance ou en vérification d'écriture peut être intentée avant l'échéance et que le jugement intervenu sur cette demande donne naissance à une hypothèque judiciaire ; nous avons critiqué cette règle. Mais il nous est impossible d'admettre que le créancier muni d'un titre exécutoire, qui n'obtient pas son paiement à l'échéance, soit privé de toute action et dans l'impossibilité d'obtenir une sûreté, dont l'inexécution de l'obligation démontre l'utilité, sinon la nécessité. Le caractère de son titre ne saurait être pour lui une cause d'infériorité.

Nous croyons donc qu'il aura dans tous les cas le droit de porter devant les tribunaux sa demande en paiement à l'effet d'acquérir une hypothèque judiciaire.

1278. Mais la question devient beaucoup plus délicate, lorsque le titre qui constate l'obligation renferme une constitution d'hypothèque spéciale. On peut alors soutenir que la convention est la loi des parties, que le créancier ne peut pas, par sa volonté, ajouter à la sûreté spéciale dont il s'était contenté une hypothèque judiciaire et générale. Autrement il obtiendrait en réalité par ce moyen un supplément d'hypothèque en dehors des cas et des conditions déterminés par l'art. **2131**. Aussi nous semblerait-il nécessaire que l'action du créancier fût justifiée par un intérêt sérieux et légitime [1]. Ainsi son droit ne nous paraît pas discutable si le débiteur

[1] V. les auteurs cités à la note suivante ; Guillouard, III, 1220. — Cpr. Pont, I, 691. — Paris, 6 avril 1850, D., 50. 5. 276. — Paris, 22 nov. 1853, D., 55. 2. 171. — Paris, 15 mai 1865, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 898, S., 65. 2. 257. — Trib. civ. Seine, 9 avril 1891, *Pand. franç.*, 93. 2. 73.

conteste l'existence ou l'étendue du titre exécutoire, si l'action a pour but de faire courir des intérêts moratoires [1].

Il en est de même par application de ces principes, lorsque le débiteur ayant formé opposition aux poursuites exercées contre lui en vertu de ce titre, un jugement rejette l'opposition, le condamne à remplir ses engagements et ordonne la continuation des poursuites jusqu'à parfait paiement [2], ou, usant de la faculté consacrée par l'art. **1244**, accorde au débiteur des délais de grâce [3]. Dans tous ces cas, le créancier jouit d'une double garantie : il peut se prévaloir de l'hypothèque spéciale établie par la convention, il peut aussi invoquer l'hypothèque judiciaire, conséquence du jugement de condamnation.

SECTION III

DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES

§ I. *Généralités.*

1279. L'art. **2117** nous donne de l'hypothèque conventionnelle la définition suivante : « *L'hypothèque convention-*

[1] Grenier, I, 185; Merlin, *Rép.*, v° *Titre confir.*, n. 3 et 4; Troplong, I, 442 *ter* : Valette, I, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 982 et 983, *Mélanges*, I, p. 386 : Pont, I, 594; Aubry et Rau, § 265, texte et note 30, III, 4e éd. p. 259, 5e éd. p. 437-438; Thézard, 79; Guillouard, II, 914, 925. — Cpr. Beudant, II, p. 117, note 1. — Riom, 25 mai 1816, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1145, S., 17. 2. 360. — Req., 29 (non 23) avril 1823, *J. G.*, eod. v°, 1149, S., 23. 1. 333. — Bordeaux, 29 juillet 1824, *J. G.*, eod. v°, 1147, S., 24. 2. 246. — Civ. cass., 12 ou 13 déc. 1824, *J. G.*, eod. v°, 1147, S., 25. 1. 184. — Req., 20 avril 1825, *J. G.*, eod. v°, 1151, S., 26. 1. 230. — Req., 1er fév. 1830, S., 30. 1. 137. — Nîmes, 5 janvier 1831, *J. G.*, eod. v°, 1150-1°, S., 31. 2. 94. — Orléans, 17 mars 1837, *J. G.*, v° *Exceptions*, 563, S., 37. 2. 291. — Paris, 10 août 1850, D., 51. 2. 173. — Colmar, 24 juillet 1851, D., 52. 2. 294, S., 52. 2. 506. — Nancy, 8 mars 1854, D., 55. 5. 202, S., 54. 2. 512. — Paris, 8 déc. 1854, S., 54. 2. 782. — Paris, 15 mai 1865, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 898, S., 65. 2. 357. — *Contra* Montpellier, 12 janv. 1832, *J. G.*, v° *Prêt à intérêt*, 197, S., 32. 2. 528.

[2] Merlin, *op.* et v° *cit.*, n. 2; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 260, 5e éd. p. 438. — Req., 29 (non 23) avril 1823; Req., 20 avril 1825; Nîmes, 5 janvier 1831, cités à la note précédente. Paris, 10 août 1850, D., 51. 2. 173.

[3] Aubry et Rau, *loc. cit.* — Bordeaux, 29 juillet 1824, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1147, S., 24. 2. 246.

» *nelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme* » *extérieure des actes et des contrats* » (1).

Il résulte, en premier lieu, de ce texte que l'hypothèque, quand elle ne trouve sa cause ni dans la loi, ni dans un jugement ou un acte judiciaire, ne peut être établie que par convention. La convention par laquelle le propriétaire d'un immeuble l'hypothèque au profit d'un créancier pour sûreté de sa créance, porte le nom de *contrat hypothécaire*. C'est un contrat unilatéral ; en effet, une seule des parties, le constituant, s'y oblige. Mais le consentement de l'autre partie, du créancier, n'en est pas moins nécessaire ; car le consentement *des parties contractantes*, c'est-à-dire le concours de leurs volontés, est un élément essentiel à la perfection de tout contrat, fût-il unilatéral. On ne conçoit pas que le contraire ait pu être jugé (2). Consentir, c'est *sentire cum alio;* or, si l'on peut *vouloir* seul, on ne peut pas *consentir* seul (3). Autre est la question de savoir si le consentement du créancier peut être tacite ; cette question sera examinée plus loin (4).

Le texte dit que l'hypothèque dépend de la forme extérieure des actes et des contrats. Nous verrons que le contrat d'hypothèque est un contrat *solennel*, c'est-à-dire soumis à certaines formes prescrites à peine de nullité, et même d'inexistence (5).

Enfin notre code décide, après la loi du 11 brumaire an VII, que l'hypothèque conventionnelle doit être spéciale. Nous

(1) Dans de nombreux pays étrangers, spécialement dans les législations qui ont adopté le système germanique, la convention est impuissante à faire naître l'hypothèque. Celle-ci s'établit par l'inscription. Loi prussienne, 5 mai 1872, *sur l'acquisition de la propriété immobilière et sur les droits réels immobiliers.* — Brunswick, L. 8 mars 1878, art. 26, *Ann. de législ. étr.*, VIII, p. 193. — Appenzell, L. 27 avril 1884, art. 2 s., *Ann. de législ. étr.*, XIV, p. 536 s. — Zurich, *C. civ.*, art. 334. — Soleure, *C. civ.*, art. 833. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 193. — V. aussi Glaris, *C. civ.*, 1re partie (1869), art. 96 (lettre de gage), *Ann. de législ. étr.*, IV, p. 552. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3257. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3116. — Chili, *C. civ.*, art. 2143. — V. aussi les renvois sous l'art. 2117, *supra*, I, p. 66, note 3 et sous l'art. 2134, *infra*, II, 1443.

(2) Lyon, 9 mai 1837, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 1210, S., 37. 2. 468.

(3) Laurent, XXX, 424 ; Lepinois, IV, 1437.

(4) *Infra*, II, 1416.

(5) *Infra*, II, 1403 et s.

aurons à déterminer les énonciations que l'acte constitutif doit renfermer pour satisfaire à cette condition [1].

Toutefois, avant d'étudier et de développer ces différentes règles, il nous paraît utile de dire quelques mots des obligations pour sûreté desquelles l'hypothèque, droit accessoire, peut être établie et des modalités dont elle peut être affectée.

1280. Dans la conception des rédacteurs du code, l'hypothèque est l'accessoire d'une obligation personnelle dont elle a pour but d'assurer le paiement [2]. Elle ne saurait subsister sans ce support nécessaire. Si donc l'obligation est entachée d'un vice qui en entraîne l'annulation ou la rescision, l'hypothèque disparaîtra avec elle (art. **2180**, n. 1 rapp. art. **1234**).

Est-ce à dire que la nullité de l'hypothèque sera toujours la conséquence forcée de l'annulation de l'obligation? Le code n'a pas prévu la question. Il la résout en partie pour un autre contrat de garantie, le cautionnement (art. **2012**). En notre matière, il garde le silence. Nous serions cependant assez portés à soumettre ces deux contrats accessoires à la même règle [3]. Il ne serait donc pas indispensable que l'obligation, dont l'hypothèque est la garantie, fût civilement valable; il suffirait qu'elle constituât une obligation naturelle, puisque l'obligation naturelle est reconnue par la loi (art. **1235**) [4]. Dans quels cas y a-t-il une obligation naturelle? Dans quels cas une obligation naturelle, susceptible d'être cautionnée, survit-elle à l'annulation de l'obligation civile? C'est une théorie que nous n'avons pas à exposer [5].

1280 I. Peu importe du reste le caractère particulier de l'obligation garantie, sa nature ou les modalités dont elle est affectée. L'hypothèque peut être la sûreté d'une obligation à terme [6] ou d'une obligation conditionnelle aussi bien

[1] *Infra*, II, 1370 et s.

[2] Fribourg, *C. civ.*, art. 649. — Soleure, *C. civ.*, art. 854.

[3] Louisiane, *C. civ.*, art. 3266. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3122.

[4] V. Massol, *Oblig. natur.*, p. 237; Huc, VII, 236, XIII, 227; Demolombe, *Contrats*, IV, 45, 47; Colmet de Santerre, V, 174 *bis*-III; Laurent, XVII, 28; Larombière, *Oblig.*, IV, sur l'art. 1235, n. 9 et 10; Garsonnet et Cézar-Bru, I, § 290, note 2; Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 1677. — V. *supra*, II, 902.

[5] V. Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 1659-1673.

[6] Aubry et Rau, § 266, III, 5e éd. p. 476; Thézard, 68; Guillouard, II, 1030.

que d'une obligation pure et simple [1]. Mais il est évident que, dans ces cas, le sort de l'hypothèque est lié au sort de l'obligation.

Elle peut servir de garantie à une obligation au porteur [2].

On a décidé même que l'hypothèque peut être valablement constituée pour la garantie d'une créance simplement éventuelle [3]. Nous n'avons pas à distinguer ici les obligations conditionnelles et les obligations éventuelles. Il nous suffit de constater qu'elles peuvent également servir de fondement à une constitution d'hypothèque [4].

Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, une hypothèque peut être valablement établie pour assurer le paiement des dommages-intérêts et la restitution du prix, auxquels un vendeur est éventuellement exposé à être condamné, si l'acheteur est évincé de l'immeuble acquis [5]. De même une hypothèque peut être valablement constituée pour la garantie d'un prêt à effectuer. Cette solution a cependant été contestée. On a prétendu que l'obligation était nulle, comme subordonnée à une condition purement potestative et que l'hypothèque se trouvait par suite infectée de la même nullité [6]. Cette opinion cependant n'a pas triomphé. On a répondu que, au moment de la formation du contrat, celui qui promet de prêter la somme stipulée est obligé. Il ne peut pas se soustraire aux conséquences de son engagement. Le créancier a le droit, au gré de sa volonté, de se prévaloir ou de ne pas se prévaloir de la convention. S'il l'invoque, il deviendra lui-même débiteur. Il ne lui est pas possible d'invoquer le contrat, sans être en même temps tenu vis-à-vis de l'autre partie. Son obligation

(1) Valais, *C. civ.*, art. 1895. — Soleure, *C. civ.*, art. 840-841. — Allemagne, *C. civ.*, art. 1113. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3258-3261. — Mexico, *C. civ.*, art. 1984-1986. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2046. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3116, 3153.

(2) Alger, 7 mai 1870, D., 71. 2. 1, S., 71. 2. 105. — Allemagne, *C. civ.*, art. 1187-1189.

(3) Cpr. Soleure, *C. civ.*, art. 855.

(4) V. pour les effets, Espagne, *L. hyp.*, art. 142-143.

(5) Bourges, 16 août 1814, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 729.

(6) Delvincourt, III, p. 298; Battur, II, 283. — Colmar, 18 avril 1806, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1321-1°, S., 6. 2. 981. — Liège, 7 janv. 1811, *J. G.*, eod. v°, 1321-2°, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III. 2. 391. — Cpr. Pont, II, 712.

est une obligation éventuelle. Elle ne dépend pas d'une condition purement potestative, *si voluero;* cela suffit pour que l'hypothèque puisse prendre naissance. Les créances du pupille contre son tuteur, de la femme mariée contre son mari, de l'Etat et des établissements publics sont souvent des créances simplement éventuelles; elles sont cependant un support suffisant pour l'hypothèque légale; on ne voit pas pourquoi il en serait autrement pour l'hypothèque conventionnelle (1).

1281. La jurisprudence a eu l'occasion de faire l'application de ces principes aux ouvertures de crédit. Elle admet, d'une manière constante aujourd'hui, la validité de l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert. Ce contrat n'engendre qu'une créance *éventuelle* au profit du créditeur; car il dépend du crédité de ne pas faire naître la créance, en n'usant pas du crédit. Une hypothèque peut être consentie pour sûreté de cette créance éventuelle (2). Car elle renferme pour le crédité une obligation qui se réalisera au fur et à mesure des avances faites. A ce point de vue, et envisagée comme dette future, elle est susceptible d'être garantie par une hypothèque (3).

1282. Quelquefois la convention se borne à déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le crédit est ouvert,

(1) Gillard, *Const. hyp. conv.*, 309; Guillouard, II, 1030. — V. les autorités citées à la note 3 ci-dessous.

(2) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 80 modifié par la loi du 15 avril 1889, *Ann. de législ. étr.*, XIX, p. 506.

(3) Merlin, *Quest.*, v° *Hyp.*, § 3, n. 2; Persil, *Quest.*, I, ch. IV; Toullier, VI, 546; Grenier, I, 26; Troplong, II, 480; Duranton, XIX, 244; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, II, 934; Pont, II, 718-719 et *Rev. crit.*, 1858, XII, p. 193 s.; Doublet, *Rev. prat.*, 1859, VII, p. 191 s.; Aubry et Rau, § 266, texte et note 66, III, 4e éd. p. 281, 5e éd. p. 476; Laurent, XXX, 528; Thézard, 69; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 310; Guillouard, II, 1031; Huc, XIII, 228; Planiol, II, 2652. — Rouen, 24 avril 1812, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1322-2°, S., 13. 2. 370. — Caen, 11 août 1812, S., 13. 2. 128. — Req., 26 janvier 1814, *J. G.*, eod. v°, 1322-2°, S., 14. 1. 41. — Rouen, 9 mars 1830, S., 31. 2. 245. — Req., 10 août 1831, *J. G.*, eod. v°, 1267, S., 31. 1. 371. — Paris, 20 août 1841, *J. G.*, eod. v°, 1322-2°, S., 41. 2. 541. — Paris, 30 mars 1842, *J. G.*, eod. v°, 1322-2°, S., 43. 2. 113. — Bruxelles, 27 déc. 1843, *J. G.*, eod. v°, 1322-2°. — Gand, 29 juillet 1848, D., 48. 2. 149. — Besançon, 30 nov. 1848, D., 48. 2. 198, S., 48. 2. 729. — Req., 11 déc. 1848, D., 48. 1. 234, S., 49. 1. 115. — Civ. cass., 21 nov. 1849, D., 49. 1. 275, S., 50. 1. 91, et sur renvoi Metz, 14 mars 1850, D., 55. 5. 244. — Paris, 15 janvier 1852, D., 54. 5. 419, et sur pourvoi Req., 8 mars 1853, D., 54. 1. 341, S., 55. 1. 214.

sans limiter dans le temps l'efficacité du contrat. Dans ce cas, l'hypothèque garantit [1] les avances réellement effectuées, à quelque époque qu'elles aient été faites, mais seulement jusqu'à concurrence de la somme convenue [2].

1283. D'autres fois, la convention limite l'effet de la garantie non seulement quant à la somme pour laquelle le crédit est ouvert, mais encore quant au temps pendant lequel elle recevra son application. Dans cette hypothèse, l'hypothèque ne pourra être invoquée que pour obtenir le paiement du solde du compte-courant arrêté réellement ou fictivement à la date fixée par l'acte d'ouverture pour la c ôture. Les relations qui peuvent continuer entre les parties sont à l'égard des tiers des relations nouvelles; la stipulation hypothécaire leur demeure absolument étrangère.

En conséquence, le créditeur ne peut pas se prévaloir de l'hypothèque pour obtenir sa collocation par préférence à raison des sommes avancées depuis la prorogation du compte courant, alors même qu'ajoutées au solde de ce compte à l'expiration du délai primitivement fixé pour sa durée elles n'excéderaient pas le chiffre déterminé par la convention originaire [3]. La prorogation du compte courant doit, comme toutes les conventions, produire ses effets entre les parties contractantes. Le créditeur ne sera créancier que du solde, tel qu'il ressortira au moment de la clôture réelle et définitive du compte. C'est une conséquence de l'indivisibilité du compte courant. Ce solde sera garanti par l'hypothèque jusqu'à concurrence des sommes dues au jour où le compte devait être clôturé en vertu de la convention primitive des parties. Car la prorogation convenue ne saurait nuire aux tiers. C'est pourquoi le créditeur ne peut se prévaloir à l'encontre des tiers de la cause de préférence attachée à l'hypothèque pour les

(1) Allemagne, *C. civ.*, art. 1190.

(2) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 281-282, 5e éd. p. 476-477; Thézard, 69; Guillouard, II, 1034.

(3) Pont, II, 715; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 282, 5e éd. p. 477; Thézard, 69; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 314; Guillouard, II, 1034. — Civ. cass., 22 mars 1852, D., 52. 1. 86, S., 52. 1. 308. — Paris, 21 déc. 1852, D., 53. 2. 81, S., 53. 2. 5. — Civ. rej., 23 mars 1874, D., 74. 1. 316, S., 74. 1. 355. — Bordeaux, 19 août 1874, D., 77. 2. 230. — Alger, 19 juin 1894, D., 96. 2. 236.

sommes qui ont ultérieurement accru le solde du compte [1].

Mais, en sens inverse, l'hypothèque garantit toujours le solde du compte dans les limites que nous avons précisées. Il n'y a pas lieu de se préoccuper des opérations qui viennent alimenter le compte prorogé. Les autres créanciers du crédité ne pourraient pas argumenter des versements portés à l'avoir de leur débiteur pour soutenir, suivant les cas, que l'hypothèque est éteinte ou réduite dans la même mesure. Le compte courant est indivisible, c'est au moment où il est définitivement arrêté et clôturé que se règlent les rapports respectifs des parties; les créanciers du crédité n'ont pas de droits plus étendus que leur débiteur; ils ne peuvent pas demander que le compte soit balancé à une autre époque. Si l'on procède différemment quand il s'agit de fixer le montant de la créance garantie par l'hypothèque, c'est pour se conformer à la volonté des parties; c'est parce que l'hypothèque est affectée au paiement du solde du compte à l'époque fixée dans la convention et qu'il faut bien, pour connaître cette somme, procéder à un arrêté fictif du compte. Mais celui-ci n'en continue pas moins d'exister dans son unité et dans son indivisibilité depuis le jour où il a commencé jusqu'à sa clôture réelle et définitive [2]. Il importerait donc peu que ce solde fût représenté par des effets de commerce renouvelés à une époque postérieure, pourvu toutefois que ce renouvellement n'emportât pas novation [3].

1284. Les parties ont le droit de faire entrer dans le compte courant, dont le solde est ainsi garanti par l'hypothèque, les avances antérieurement faites par le créditeur au crédité.

[1] Pont, *Rev. crit.*, 1858, XII, p. 198 s., n. 4; Aubry et Rau, § 266, texte et note 67, III, 4e éd. p. 282, 5e éd. p. 477; Guillouard, II, 1034. — Civ. cass., 22 mars 1852; Paris, 21 déc. 1852; Bordeaux, 19 août 1874, cités à la note précédente. — Cpr. Civ. rej., 23 mars 1874, cité à la note précédente.

[2] Pont, *Rev. crit.*, 1858, XII, p. 201 s., n. 5; Aubry et Rau, § 266, texte et note 68, III, 4e éd. p. 282, 5e éd. p. 477-478; Thézard, 69; Guillouard, II, 1034. — Paris, 21 déc. 1852, cité *supra*, note 3, p. 395. — Alger, 20 janv. 1868 et sur pourvoi Req., 9 mars 1869, D., 69. 1. 398, S., 69. 1. 263. — Civ. rej., 29 déc. 1880, D., 81. 1. 54, S., 81. 1. 162. — Cpr. Req., 11 déc. 1848, D., 48. 1. 234, S., 49. 1. 115. — Civ. cass., 22 mars 1852, cité *supra*, note 3, p. 395. — Req., 18 déc. 1871, D., 72. 1. 100, S., 72. 1. 223.

[3] Req., 9 mars 1869, D., 69. 1. 398, S., 69. 1. 263.

Elles seront dorénavant garanties par l'hypothèque [1]. Cette solution se justifie à la fois et par le principe de la liberté des conventions et par la novation qu'implique toute inscription au compte courant. Il n'y a là, du reste, qu'une question d'intention et si les contractants avaient expressément manifesté la volonté de ne couvrir de la garantie de l'hypothèque que les avances futures et de laisser aux avances antérieures leur caractère de créances simplement chirographaires, il n'y aurait qu'à respecter leurs intentions [2].

1285. Les explications précédentes ont montré que l'efficacité de l'hypothèque est alors subordonnée à la réalisation des avances prévues dans la convention. C'est une conséquence du caractère accessoire de cette sûreté. Le créditeur, qui demandera à être colloqué par préférence, sera donc obligé de justifier de l'existence et du montant de sa créance. De quelle manière devra-t-il administrer cette preuve?

Quoique la question ait été controversée, nous n'hésitons pas à nous prononcer contre la nécessité d'un acte authentique. Nous n'apercevons aucun motif capable de justifier pareille exigence. On conçoit cependant qu'il pût en être autrement dans notre ancienne jurisprudence. Une hypothèque générale était alors la garantie de toute obligation constatée par acte notarié. On comprend dès lors que, l'ouverture de crédit étant soumise à cette règle, on exigeât un acte authentique non seulement pour constater l'existence de la convention et des obligations qui peuvent en être la conséquence, mais encore pour prouver la réalisation de la condition et le

(1) Pont, *Rev. crit.*, 1858, XII, p. 202-203; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 282, 5e éd. p. 478; Guillouard, II, 1035.

(2) V. des applications de cette solution dans Aix, 29 mai 1841, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 1323-3o, S., 41. 2. 520. — Caen, 24 mai 1842, S., 42. 2. 488. — Nîmes, 3 août 1854 (sous Req., 13 août 1855), D., 56. 1. 165, S., 55. 1. 769. — Req., 2 juin 1863, D., 63. 1. 337, S., 63. 1. 335. — Rouen, 3 août 1864, S., 66. 2. 127. — Caen, 21 mars 1867 (sous Req., 8 mars 1869), D., 69. 1. 202. — Req., 3 août 1870, D., 71. 1. 181, S., 72. 1. 219. — Dijon, 7 nov. 1872, D., 73. 2. 238, S., 73. 2. 84. — Limoges, 23 août 1873, D., 74. 5. 287, S., 73. 2. 277. — Civ. rej., 29 déc. 1880, D., 81. 1. 54, S., 81. 1. 162. — Paris, 4 juin 1886, D., 87. 2. 100. — Pau, 12 mars 1888, D., 89. 2. 276. — Req., 12 avril 1892, D., 93. 1. 503. — V. Dijon, 12 juill. 1893 (sous Req., 26 avril 1895), D., 95. 1. 420. — Cpr. sur les limites du pouvoir d'interprétation des juges du fait, Civ. cass., 29 nov. 1892, D., 93. 1. 85, S., 93. 1. 70.

chiffre de ces obligations. C'est effectivement en ce sens qu'on s'est prononcé tout d'abord [1].

Cependant cette solution n'a pas triomphé et ne devait pas triompher. La loi ordonne que l'acte constitutif de l'hypothèque soit passé devant notaires (art. 2127) ; mais nulle part elle n'exige que l'obligation, pour sûreté de laquelle l'hypothèque a été établie, soit constatée en la même forme. Il est au contraire universellement admis que l'hypothèque peut être constituée pour la sûreté d'une obligation sous signature privée [2]. La solution contraire apporterait du reste des entraves inutiles et gênantes à la liberté des parties. Elle empêcherait, dans bien des cas, des ouvertures de crédit au profit de commerçants, c'est-à-dire au profit des personnes qui en ont le plus besoin. Par la nécessité d'un acte authentique, elle les priverait de ce ressort si utile aux affaires. Elle ne présenterait d'ailleurs aucun avantage pour les tiers. La fixation par la convention du montant du crédit ouvert, l'évaluation dans l'inscription de la créance si elle est indéterminée, suffisent pour les avertir et leur permettre d'apprécier la valeur des sûretés qui leur sont offertes. Aussi croyons-nous que le créditeur peut justifier du montant de sa créance par actes sous seing privé, au moyen de sa correspondance ou même, s'il s'agit d'un commerçant, au moyen de ses livres de commerce [3]. Il nous semble même impossible d'exiger, comme semble l'avoir fait un arrêt [4], que l'obligation soit constatée par un acte ayant acquis date certaine. Les nécessités de la pratique ne permettent pas d'imposer une pareille condition en l'absence d'une disposition formelle de la loi [5].

1286. Une autre question, que soulève cette difficile

(1) Merlin, *Quest.*, 2e éd., v° *Hyp.*, § 3.

(2) V. *infra*, II, 1408.

(3) Merlin, *Quest.*, 3e éd., v° *Hyp.*, § 3, n. 1 ; Troplong, II, 477 et 508 ; Pont, *Rev. crit.*, 1858, XII, p. 203 s., n. 7 ; Doublet, *Rev. prat.*, 1859, VII, p. 201 et 202 ; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 283, 5e éd. p. 478 ; Thézard, 69 ; Laurent, XXX, 529 et 537 ; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 313 ; Guillouard, II, 1036 ; Huc, XIII, 228. — Douai, 17 déc. 1833, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1323, S., 34. 2. 279. — Aix, 29 mai 1841, *J. G.*, *ibid.*, S., 41. 2. 520. — Poitiers, 9 janv. 1844, *J. G.*, *ibid.* — Gand, 29 juill. 1848, D., 48. 2. 149.

(4) Alger, 8 nov. 1870 (avec Cass.), D., 74. 1. 316, S., 74. 1. 355.

(5) V. en ce sens les auteurs cités note 3 ci-dessus.

matière, est celle du rang de l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit. La généralité des auteurs et la jurisprudence lui appliquent le droit commun de l'art. 2134 et décident qu'elle prendra rang du jour de son inscription et non pas seulement du jour des avances faites au crédité [1]. En effet, l'inscription détermine, en général, le rang des hypothèques et l'ordre de préférence entre les créanciers hypothécaires. Pour qu'il en fût autrement en notre matière, il faudrait ou que le législateur eût expressément dérogé à cette règle ou que cette solution fût condamnée par les principes généraux. Or, il n'existe aucune disposition relative à l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit. C'est donc sur les principes généraux qu'on s'est appuyé pour combattre cette opinion.

On a dit : l'hypothèque est la sûreté accessoire d'une obligation ; elle ne saurait donc exister et produire ses effets avant que cette obligation ait pris naissance. Or, par la convention d'ouverture de crédit, le crédité ne s'oblige pas actuellement ; il ne sera débiteur qu'au fur et à mesure de la réalisation de la convention, et l'hypothèque ne peut prendre rang qu'à la date de ces versements successifs.

Nous ferons observer tout d'abord que cette solution ne répond ni aux besoins de la pratique, ni à la nature juridique du compte courant, telle qu'elle a été déterminée par une jurisprudence aujourd'hui bien établie. L'indivisibilité du compte courant ne permet pas en effet d'en scinder les divers éléments. Le compte comprend différents articles qui figurent à l'actif ou au passif. Nous ne pouvons pas le décomposer pour donner à l'hypothèque des dates diverses. C'est en réalité du solde de ce compte que le créditeur ou le crédité sera créancier. C'est de ce solde que l'hypothèque garantit le paiement. Nous ne pouvons pas, sans modifier la nature de la convention, faire des balances successives et provisoires pour fixer le rang de l'hypothèque. Ce serait d'ailleurs aller à l'encontre de l'intention certaine des parties. Au moment de la convention, le créditeur seul est obligé ; il est tenu de mettre les

[1] Belgique, L. 15 avril 1889, *Ann. de lég. étr.*, XIX, p. 508.

sommes promises à la disposition du crédité au fur et à mesure de ses besoins et de ses demandes. Il a contracté cette obligation parce que le crédité s'est engagé à lui rembourser les sommes avancées et ce sous la garantie d'une hypothèque. Que deviendra cette garantie si le crédité a le droit, jusqu'au moment où il profitera de la convention et demandera une avance, de consentir des hypothèques préférables à celle du créditeur? De deux choses l'une, ou le créditeur restera tenu de faire les avances promises, quoique la garantie donnée ait ainsi perdu toute son efficacité, soit devenue, comme le disent très justement Aubry et Rau, incertaine ou illusoire, ou le créditeur aura le droit de demander la résolution de la convention pour inexécution, par le crédité, de ses engagements. Dans le premier cas, on maintiendra un contrat dont les conditions auront été complètement modifiées. C'est contraire à la bonne foi et à la justice. Dans la seconde alternative, on aura rendu vaine et inutile une convention au grand préjudice du créditeur qui, obligé de tenir les fonds à la disposition du crédité, aura pu refuser d'autres propositions avantageuses. Cette solution serait donc néfaste au crédit et au mouvement des affaires. Elle serait en opposition avec la volonté des parties contractantes. C'est pourquoi nous ne pourrions l'admettre que si les principes du code nous l'imposaient. Ce sera notre dernier argument.

Est-ce qu'une hypothèque ne peut pas naître avant la créance qu'elle garantit? Sans doute, l'hypothèque est un droit accessoire; elle ne peut subsister sans une créance dont elle est la sûreté; mais il n'est pas nécessaire que la créance existe au moment où le droit hypothécaire prend naissance et devient opposable aux tiers. Il n'est même pas nécessaire qu'elle existe conditionnellement; une créance éventuelle est un support suffisant pour l'hypothèque, et tel est notre cas. Prenons une analogie frappante. L'hypothèque légale du mineur date du jour de l'acceptation de la tutelle (art. 2135). Elle garantit pourtant le solde du compte de tutelle, comme l'hypothèque du créditeur garantit le solde du compte courant. L'hypothèque du mineur garantit à la date indiquée même le remboursement des sommes qui n'adviendront

peut-être au pupille qu'au cours de la tutelle, c'est-à-dire qu'elle garantit des créances éventuelles, même avant leur naissance. Nous pourrions faire la même démonstration pour les hypothèques légales de la femme mariée, de l'Etat et des établissements publics. Ne sommes-nous pas autorisés à en conclure qu'une hypothèque peut prendre rang à une époque antérieure à la naissance de la créance à l'acquittement de laquelle elle est affectée? Pourquoi les parties ne pourraient-elles pas faire par une convention ce que la loi elle-même a fait? Où se trouve en notre matière la disposition qui limite leur liberté?

Elle ne se rencontre pas dans les textes; elle n'est pas une conséquence de la nature de l'hypothèque. Aussi ne pouvons-nous qu'approuver la solution de la jurisprudence. L'hypothèque qui garantit une ouverture de crédit prendra rang du jour de son inscription et non pas seulement du jour de la réalisation des avances [1]. Cette solution est confirmée par l'art. 4 de la loi du 10 juin 1853 relative aux sociétés de crédit foncier, aux termes duquel « l'hypothèque consentie » au profit d'une société de crédit foncier par le contrat con- » ditionnel de prêt, prend rang du jour de l'inscription, quoi- » que les valeurs soient remises postérieurement ». Elle l'est enfin par l'art. 5 de la loi fiscale du 23 août 1871, en vertu duquel « le droit d'hypothèque, fixé à un pour mille par l'art. » 60 de la loi du 28 avril 1816, sera perçu lors de l'inscrip-

[1] Grenier, I, 293; Persil, I, sur l'art. 2114, III; Pardessus, IV, 1137; Pont, II, 719 et *Rev. crit.*, 1858, XII, p. 206 s., n. 8; Doublet, *Rev. prat.*, 1859, VII, p. 199 à 201; Demolombe, *Contrats*, II, 392 et 394; Aubry et Rau, § 266, texte et note 71, III, 4e éd. p. 283, 5e éd. p. 479-480; Thézard, 69; Lyon-Caen et Renault, IV, 729; Gillard, *Const. hyp conv.*, 311; Guillouard, II, 1032-1033; Huc, XIII, 229; Beudant, II, 669; Planiol, II, 2652; Surville, II, 661. — Liège, 28 juin 1823, S., 23. 2. 348. — Req., 10 août 1831, S., 31. 1. 371. — Douai, 17 déc. 1833, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1323-1°, S., 34. 2. 279. — Paris, 20 août 1841, S., 41. 2. 541. — Paris, 30 mars 1842, S., 43. 2. 113. — Poitiers, 9 janv. 1844, *J. G.*, *ibid.* — Gand, 29 juil. 1848, D., 48. 2. 149. — Besançon, 30 nov. 1848, D., 49. 2. 198, S., 48. 2. 729. — Civ. cass., 21 nov. 1849, D., 49. 1. 275, S., 50. 1. 91. — Paris, 15 janv. 1852, D., 54. 5. 419 et sur pourvoi Req., 8 mars 1853, D., 54. 1. 341, S., 55. 1. 214. — Rouen, 3 août 1864, S., 66. 2. 127. — *Contra* Pothier, *De l'hyp.*, n. 62; Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. I, sect. 1, art. 4; Basnage, *Des hyp.*, chap. I, sect. 3; Toullier, VI, 546; Merlin, *Quest.*, v° *Hyp.*, § 3, n. 2; Troplong, II, 479 et 480; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enregist.*, II, 934. — *Infra*, II, 1444.

» tion des hypothèques garantissant les ouvertures de crédit », et par les déclarations formelles du rapporteur affirmant, pour justifier cette disposition, que l'inscription « garantit » à sa date toutes les réalisations ultérieures ».

1287. Il arrive assez fréquemment, dans la pratique, que le crédité, en exécution de la convention, souscrit des effets de commerce représentatifs des avances qui lui ont été faites. L'hypothèque qui garantit l'ouverture de crédit s'attache alors à ces effets de commerce. Le bénéfice en peut être invoqué par les porteurs et leur en est acquis par le seul fait de l'endossement [1]. Aucune formalité spéciale ne leur est imposée pour être nantis de l'hypothèque. Cette sûreté garantit le montant des avances représentées par ces divers effets. Les porteurs se trouvent dans la même situation que les différents cessionnaires partiels d'une créance hypothécaire ou d'une créance privilégiée (art. 2112). Ils invoquent la même cause de préférence; ils viendront tous en concours et seront colloqués au même rang. Il n'y a pas lieu de tenir compte de la date de leurs endossements respectifs. C'est la date de l'inscription qui doit seule être prise en considération; de même que le créditeur peut s'en prévaloir pour l'intégralité de ses avances à quelqu'époque qu'elles aient été réalisées, de même les cessionnaires partiels peuvent réclamer leur collocation au rang ainsi déterminé. C'est une conséquence nécessaire de l'indivisibilité de la convention d'ouverture de crédit, de la solution précédente et des principes généraux en matière de cession [2].

[1] Bertauld, 181; Aubry et Rau, § 288, III, 4e éd. p. 460, 5e éd. p. 748. — Req., 10 août 1831, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1267, S., 31. 1. 371. — Req., 21 fév. 1838, *J. G.*, eod. loc., S., 38. 1. 208. — Req., 11 juillet 1839, *J. G.*, eod. loc., S., 39. 1. 939. — Colmar, 30 déc. 1850, 29 mars 1852, D., 54. 2. 145. 190, S., 54. 2. 487. 488. — *Contra* Cabantous, *Note* dans S., 38. 1. 209; Massé, VI, 317; Bucquoy, *Rev. crit.*, 1864, XXV, p. 52.

[2] Lyon-Caen et Renault, IV, 732; Alauzet, IV, 1349; Boistel, 752; Bédarride, *Lettre de change*, I, 317; Demangeat sur Bravard, III, p. 142, note 1; Nouguier, *Lettre de change*, I, 715; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 284, 5e éd. p. 480; Guillouard, II, 1037; Huc, XIII, 229. — Colmar, 30 déc. 1850 et 29 mars 1852, D., 54. 2. 145 et 190, S., 54. 2. 487. — V. aussi sur le principe de la transmission de l'hypothèque qui garantit une créance constatée par des effets de commerce et ses conséquences : Paris, 6 juin 1850, D., 51. 2. 181. — Colmar, 30 déc.

1288. La constitution d'hypothèque est d'ailleurs susceptible des diverses modalités qui peuvent affecter les obligations en général [1] : notamment les parties peuvent limiter à un certain temps les effets de l'hypothèque ou la stipuler sous condition [2].

Toutefois serait nulle la clause, dite *de voie parée,* par laquelle le créancier serait autorisé à vendre ou à faire vendre les immeubles hypothéqués, en cas de non paiement, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière (art. 742 Pr. civ.) [3].

1289. Mais, comme toutes les dispositions irritantes, cet art. 742 Pr. civ. doit être interprété d'une manière limitative. Il prévoit le pacte par lequel le débiteur confère à son créancier, pour le cas où il n'exécuterait pas les engagements qu'il vient de contracter, le droit de vendre ou de faire vendre les immeubles hypothéqués sans observer les formalités de la saisie immobilière. La nullité frappera cette clause ; elle ne frappera que cette clause. La loi protège le débiteur contre la contrainte morale dont il serait la victime. Une situation compromise peut le déterminer à souscrire à toutes les conditions imposées par le futur créancier ; et il sera d'autant plus disposé à y accéder qu'il sera de bonne foi et se croira plus certain de remplir ses engagements. La prohibition de l'art. 742 Pr. civ. présente la plus grande analogie avec les règles écrites dans les art. 2078 et 2088 au titre *du nantissement.* Elle comporte les mêmes tempéraments [4].

1290. Elle ne s'oppose donc pas à ce que le débiteur donne

1850, D., 54. 2. 145, S., 54. 2. 487. — Paris, 25 fév. 1854, D., 55. 2. 295. — Rouen, 9 mai 1854, D., 54. 2. 247. — Civ. rej., 20 juin 1854, D., 54. 1. 305, S., 54. 1. 593. — Dijon, 5 août 1858, *J. G. Suppl.*, v° *Effets de comm.*, 150-5°, S., 59. 2. 50. — Alger, 7 mai 1870, D., 71. 2. 1, S., 71. 2. 105. — Toulouse, 18 mars 1885, D., 86. 2. 204.

(1) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 284, 5e éd. p. 480; Guillouard, II, 1038. — Civ. cass., 5 déc. 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1399, S., 10. 1. 89.

(2) Mexico, *C. civ.*, art. 1982. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3116. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2282. — Chili, *C. civ.*, art. 2413.

(3) Belgique, L. 15 août 1854, art. 90. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1716. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1223, al. 2. — Allemagne, *C. civ.*, art. 1149. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2297-2299.

(4) V. *supra*, I, 124 s. et 198 s.

mandat à son créancier, dans les termes du droit commun, de vendre à l'amiable l'immeuble hypothéqué. Ce mandat serait en effet révocable, comme tout mandat : le débiteur conserverait le droit de disposer de son immeuble comme il l'entendrait ; il n'a pas aliéné sa liberté ; l'art. 742 Pr. civ. ne peut pas être invoqué (1).

Il en serait ainsi, même dans le cas où l'on reconnaîtrait à ce mandat un caractère d'irrévocabilité, s'il était intervenu longtemps après l'acte d'obligation. A plus forte raison en serait-il ainsi s'il avait été donné après l'échéance dans l'intérêt commun des deux parties (2). On ne peut pas en effet prétendre alors que le consentement n'a pas été libre, qu'il est infecté d'un vice susceptible d'entraîner la nullité du contrat soit en vertu de la présomption légale de l'art. 742 Pr. civ., soit en vertu des principes généraux (3).

A plus forte raison faut-il reconnaître la validité du mandat donné dans les mêmes conditions à un tiers de vendre à l'amiable l'immeuble hypothéqué. C'est un moyen pour le débiteur d'éviter les frais de saisie immobilière et de se mettre à l'abri des risques des enchères publiques (4). La nullité ne pourrait être encourue, en vertu de l'art. 742 Pr. civ., que si la convention répondait aux conditions exigées par ce texte, et que si le tiers remplissait le rôle d'une personne interposée, dissimulant le créancier, bénéficiaire réel de la convention. Il pourrait y avoir alors véritablement violation de l'art. 742 Pr. civ.

1291. Pour le même motif nous n'assimilerions pas à la clause de voie parée la convention par laquelle le débiteur vendrait l'immeuble hypothéqué à son créancier pour le cas où il n'acquitterait pas sa dette à l'échéance (5). Il est vrai qu'en

(1) Aubry et Rau, § 288, texte et note 75 *bis*, III, 5e éd. p. 481-482 ; Guillouard, II, 1039; Garsonnet et Cézar-Bru, IV, § 1255, p. 83. — Bordeaux, 29 nov. 1848, D., 52. 2. 2, S., 52. 2. 97.

(2) Civ. rej., 25 mars 1903, D., 04. 1. 273.

(3) Aubry et Rau, § 288, III, 5e éd. p. 482. — Bordeaux, 27 avril 1885, D., 86. 2. 253.

(4) Orléans, 31 juill. 1883, D., 85. 2. 20.

(5) Fribourg, *C. civ.*, art. 671, 674. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1223, al. 1. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 214. — Mexico, *C. civ.*, art. 1974.

matière de nantissement la loi prohibe une semblable stipulation (art. 2078 et 2088), que cette interdiction a été édictée dans l'intérêt du débiteur, que la loi a voulu ainsi le défendre contre une pression illégitime du créancier, et que ces considérations militent également en faveur du débiteur hypothécaire. Mais il nous est impossible d'oublier que les nullités sont de droit étroit, qu'elles ne peuvent être étendues d'une hypothèse à une autre. Si, en matière de nantissement, le code contient une prohibition formelle, il n'en est pas de même en matière hypothécaire (1). L'art. 742 Pr. civ. est la seule disposition qui puisse être invoquée. Or il ne parle pas de la vente consentie par le débiteur à son créancier. Par conséquent, cette convention est valable, puisqu'elle se distingue sans peine du pouvoir dont il est question dans cet article. Cette différence est rationnelle; car la clause de voie parée se réfère à un cas de vente forcée et aurait pour résultat de priver le débiteur des garanties que le législateur, après de mûres délibérations, a jugées indispensables pour sauvegarder ses intérêts. Dans notre hypothèse, la vente est purement volontaire et la loi n'avait pas de motifs pour restreindre la liberté des parties à l'occasion d'un acte qui relève exclusivement de leur volonté.

Il n'y aurait pas lieu d'ailleurs de distinguer entre le cas où la vente serait consentie dans l'acte même de prêt et celui où elle interviendrait à une époque postérieure, entre le cas où la fixation du prix serait confiée à des arbitres désignés dans la convention ou à nommer par le juge et celui où il serait déterminé par les parties au moment même du contrat. Dans toutes les hypothèses, il faut appliquer le principe de la liberté des conventions et le droit commun (2). Les tribu-

(1) Civ. rej., 29 août 1849, D., 49. 1. 273. — Civ. cass., 13 juill. 1891, D., 93. 1. 227.

(2) Troplong, *Vente*, I, 77; Duvergier, *Vente*, I, 119; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 285, 5e éd. p. 481; Guillouard, II, 1039; Huc, XIII, 231; Garsonnet et Cézar-Bru, IV, § 1255, p. 83. — Toulouse, 16 mars 1812 et 1er mars 1822, *J. G.*, v° *Nantissement*, 275-1°, S., 24. 2. 14 et 15. — Montpellier, 26 juillet 1833, *J. G.*, *ibid.*, S., 34. 2. 29. — Montpellier, 6 mars 1840, *J. G.*, eod. v°, 275-2°, S., 40. 2. 531. — Civ. cass., 1er juillet 1844, *J. G.*, eod. v°, 313, S., 45. 1. 17. — Req., 26 fév. 1856, D., 56. 1. 116, S., 56. 1. 667. — *Contra* Pont, II, 722; Laurent, XXX, 540; Lepinois, IV, 1561.

naux ne pourraient donc prononcer la nullité de ce contrat que s'il était infecté d'un des vices prévus par la loi, si, par exemple, le consentement du débiteur avait été extorqué par violence (1).

Les mêmes principes devraient être suivis dans le cas où le débiteur, au lieu de vendre dès à présent à son créancier l'immeuble hypothéqué sous la condition qu'il n'acquitterait pas son obligation à l'échéance, se serait seulement engagé à lui céder une partie de cet immeuble jusqu'à concurrence de la dette sur le pied d'une estimation à faire par experts. Cette convention constituerait une promesse de vente ; on ne saurait y voir, en principe, un contrat pignoratif ; la validité nous en paraît certaine (2).

1292. Le plus souvent, l'hypothèque conventionnelle est consentie par le débiteur lui-même ; mais rien ne s'oppose à ce que, comme pour le nantissement (3), elle soit consentie (4) par un tiers, même non personnellement obligé au paiement de la dette (5). L'art. **1020** suppose formellement cette hypothèse.

En pareil cas, le constituant ne peut pas être personnellement poursuivi, comme le pourrait être une caution ; le créancier ne pourrait donc pas saisir les biens autres que ceux affectés à l'hypothèque ; c'est un cautionnement réel, comme on le dit quelquefois.

En conséquence, si le tiers qui a constitué l'hypothèque cesse de détenir l'immeuble, soit qu'il le délaisse, soit qu'il en transmette la propriété, il ne peut plus être poursuivi par le créancier.

Le rapprochement qu'on établit ainsi entre ce tiers et la caution conduit à la solution de questions intéressantes : on

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.* — Cpr. Troplong, Duvergier, *locc. citt.*

(2) Montpellier, 1er mars 1855, D., 56. 2. 219.

(3) V. *supra*, I, 5, 12, 171.

(4) Espagne, *C. civ.*, art. 1857, *in fine ; L. hyp.*, art. 140-141. — Portugal, *C. civ.*, art. 895. — Soleure, *C. civ.*, art. 842. — Zurich, *C. civ.*, art. 327. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3262-3265. — Mexico, *C. civ.*, art. 1975. — République Argentine, *C. civ*, art. 3121. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2283. — Chili, *C. civ.*, art. 2414.

(5) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 260, 5e éd. p. 439 ; Thézard, 47 ; Guillouard, II, 934 ; Beudant, II, 631.

est généralement d'accord pour lui permettre, comme à la caution, d'invoquer l'art. 2037 et on le déclare déchargé lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur (1). De même on le traite, dans une certaine mesure que nous n'avons pas à préciser, comme une caution au point de vue du recours réciproque, que la caution personnelle et cette caution réelle sont admises à exercer l'une contre l'autre, lorsque l'une d'elles a acquitté la dette (2).

Les règles qui déterminent la situation du tiers qui a consenti une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui seront exposées plus loin, quand nous parlerons notamment des poursuites exercées contre le tiers détenteur, de la prescription et de la purge (3).

§ II. *Conditions de fond et de forme, requises pour l'existence ou la validité du contrat hypothécaire.*

N° 1. Conditions de fond.

1293. Trois conditions sont requises, au fond, pour l'existence ou la validité du contrat hypothécaire. Il faut : 1° que le constituant soit propriétaire des biens, ou tout au moins titulaire du droit réel immobilier qu'il veut hypothéquer; 2° qu'il soit capable d'aliéner ces biens; 3° que l'hypothèque soit spéciale.

I. Première condition. *Propriété du constituant.*

1294. Le constituant doit être propriétaire (4) des biens qu'il s'agit d'hypothéquer (5).

L'art. 2124 ne formule pas expressément cette condition,

(1) Aubry et Rau, § 266, note 1, III, 4e éd. p. 260-261, 5e éd. p. 439.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(3) V. notamment III, 2147, 2188, 2219, 2276, 2347.

(4) Fribourg, *C. civ.*, art. 653. — Lucerne, L. de 1831, art. 2. — Soleure, *C. civ.*, art. 848-849. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 4. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3119.

(5) L. 7, C., *De rebus alien. non alienan.* (IV, 51). — Pothier, *De l'hyp.*, n. 44; Martou, III, 952; Pont, II, 624; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 261, 5e éd. p. 439; Thézard, 47; Guillouard, II, 1294; Huc, XIII, 201; Beudant, II 633. — V. Planiol, II, 2757.

mais elle résulte implicitement de son texte. La loi exige en effet que le constituant soit capable d'aliéner et la faculté d'aliéner est un des attributs du droit de propriété. Si pour consentir une hypothèque il faut avoir le pouvoir d'aliéner l'immeuble grevé, il est par cela même nécessaire d'en être propriétaire. L'art. 2129 est plus explicite quand il exige l'indication précise des immeubles *actuellement appartenant au débiteur,* sur lesquels l'hypothèque est consentie. Enfin, à défaut de texte, cette solution résulterait des principes généraux et se justifie ainsi facilement. En effet l'hypothèque est un démembrement du droit de propriété (1) ; or il faut nécessairement être propriétaire pour pouvoir démembrer la propriété, ce qui équivaut à l'aliéner partiellement : *Nemo dat quod non habet.* La même argumentation peut être faite par ceux qui refusent de voir dans l'hypothèque un démembrement du droit de propriété et ne la considèrent que comme un droit réel.

1295. Pour pouvoir hypothéquer un immeuble, il faut donc en être propriétaire. Mais il n'est pas indispensable que cette qualité existe à l'égard de tous ; il faut et il suffit que le constituant en soit investi à l'égard du créancier, bénéficiaire de l'hypothèque. C'est ainsi qu'on a validé l'hypothèque constituée par celui qui a aliéné l'immeuble en vertu d'un acte de vente simulé (2).

Sous l'empire du code, la vente transférait la propriété à l'égard de tous, par le seul consentement des parties. Du moment où elle était parfaite, le vendeur était dépouillé de son droit et perdait immédiatement la faculté d'hypothéquer l'immeuble aliéné, de même que ses créanciers se trouvaient privés du droit de faire inscrire les privilèges et hypothèques par eux antérieurement acquis (art. 2166). Cette règle était, comme nous l'avons dit, grosse de dangers (3).

La disposition de l'art. 2059, déclarant stellionataire celui qui hypothéquait un immeuble dont il savait n'être pas propriétaire, n'était évidemment qu'un palliatif insuffisant.

(1) *Supra,* II, 894.
(2) Grenoble, 13 février 1894, D., 95. 2. 305.
(3) V. I, Introduction, p. XXXIX et s.

Bien plus prévoyante avait été la loi du 11 brumaire an VII. La translation de la propriété ne devenait opposable aux tiers qui avaient acquis des droits sur l'immeuble aliéné, notamment aux créanciers hypothécaires, que par l'effet et à partir de la transcription de l'acte d'aliénation. Le code, en abandonnant cette règle, s'exposait à compromettre les intérêts.

On sait que la loi du 23 mars 1855 est revenue au principe de la loi du 11 brumaire an VII. La transcription est de nouveau nécessaire pour rendre les actes d'aliénation opposables aux tiers. Jusqu'à ce qu'elle soit effectuée, la propriété continue de résider, au regard des tiers, sur la tête de l'aliénateur; les hypothèques que celui-ci peut consentir ont été établies par le propriétaire. A ce point de vue, leur validité ne saurait être contestée. Mais l'efficacité de l'hypothèque est subordonnée à une autre condition, c'est qu'elle ait été inscrite avant la transcription de l'acte d'aliénation (L. 23 mars 1855, art. 3 et 6). C'est donc au moment où s'accomplit la formalité de publicité prescrite par la loi qu'il faut se reporter pour savoir si le droit peut ou non être invoqué (1).

1296. L'application de ce principe soulève cependant une difficulté. Nous avons vu que les constructions élevées sur un terrain sont immeubles par nature, qu'elles soient l'œuvre du propriétaire du sol ou d'un tiers, et que, par suite, elles sont susceptibles d'hypothèques (2).

Par qui ces constructions peuvent-elles être hypothéquées (3)?

Sans entrer dans l'examen des graves controverses qui s'agitent en cette matière, sans discuter notamment la nature du droit que peut avoir le preneur sur ces immeubles (4), nous

(1) Cpr. Angers, 1er avril 1868, D., 68. 2. 83. — Il s'agissait, dans l'espèce, d'une attribution par partage qui, constatée par un acte sous seing privé n'ayant pas acquis date certaine, n'était pas opposable aux créanciers hypothécaires. Aujourd'hui la même règle s'applique aux actes même ayant acquis date certaine, s'ils sont assujettis à la transcription et s'ils n'ont pas été transcrits.

(2) V. *supra*, II, 930.

(3) V. sur ce sujet Espagne, *L. hyp.*, art. 107. — Mexico, *C. civ.*, art. 1945. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2022.

(4) V. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 30 s. et 372.

nous contenterons d'exposer l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question.

L'hypothèque peut incontestablement être consentie par le propriétaire du sol, si les bâtiments nouvellement élevés sont devenus sa propriété soit en vertu de la convention, soit par l'effet du droit d'accession (art. 553). Bien plus, l'hypothèque qui aurait été antérieurement constituée sur le sol affecterait, dans le même cas, ces nouvelles constructions (art. 2133).

1297. L'hypothèque pourrait être également consentie par le tiers investi sur l'immeuble d'un droit réel immobilier susceptible d'hypothèques. En hypothéquant le droit qui lui appartient, il affecte à la sûreté de la créance garantie son droit dans son intégralité, en tant qu'il s'exerce à la fois sur le sol et sur les constructions qu'il porte. Il en est ainsi notamment pour l'usufruitier, qui aurait la jouissance du sol et de ces nouvelles constructions [1].

Comme dans l'hypothèse précédente, l'hypothèque établie sur un usufruit immobilier s'étendrait en vertu de l'art. 2133, à tous les biens sur lesquels porterait le droit de jouissance de l'usufruitier. Mais le droit de préférence ne pourra s'exercer que sur le prix moyennant lequel aura été vendu le droit réel de l'usufruitier [2].

Les mêmes solutions s'appliquent à l'emphytéote [3].

1298. Ne doit-on pas cependant aller plus loin et permettre à l'usufruitier, au fermier et au locataire d'hypothéquer la propriété des constructions nouvelles qu'ils ont élevées? Pour leur reconnaître ce droit, il faudrait qu'ils fussent propriétaires de ces bâtiments. Or, en principe, les constructions élevées sur un terrain appartiennent au propriétaire du sol. *Supercifies solo cedit* (art. 553). Donc, en règle générale, l'usufruitier, sous la réserve que nous avons précisée ci-dessus, le locataire et le fermier ne peuvent pas hypothéquer les nouveaux bâtiments élevés par leurs soins et à leurs frais. La généralité des auteurs et quelques arrêts font de cette solu-

(1) Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 28.

(2) Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, IV, 3184; Demolombe, *Distinct. des biens*, I, 170, 171. — Cpr. cep. Pont, II, 635.

(3) Gand, 29 mai 1895, S., 97. 2. 218.

tion une règle absolue ; elle ne cesserait de s'appliquer que lorsque les parties auraient eu l'intention d'établir un droit de superficie (1).

La jurisprudence n'a pas accepté cette solution rigoureuse. Si, en effet, les constructions faites par un locataire ou un fermier appartiennent au propriétaire du sol et ne peuvent, en principe, être hypothéquées que par lui (2), la règle de l'art. 553 ne constitue cependant qu'une présomption simple ; elle n'est pas d'ordre public ; le législateur réserve formellement la preuve contraire. Les parties peuvent donc déroger à cette règle expressément ou tacitement. Le propriétaire du sol a la faculté de renoncer au bénéfice de l'accession soit d'une manière définitive en imposant au preneur l'obligation de démolir et d'enlever, soit d'une manière actuelle en lui reconnaissant un droit de propriété temporaire et en se réservant le droit de conserver les constructions à la fin du bail et d'en acquérir alors la propriété. Dans ces cas le constructeur se trouve dans une situation analogue à celle d'un superficiaire. Les constructions nouvelles ne deviennent pas immédiatement, au fur et à mesure de leur édification, la propriété du propriétaire du sol ; elles appartiennent à celui qui les a élevées. La jurisprudence décide qu'elles conservent leur caractère d'immeubles. Il en résulte que l'usufruitier, le locataire et le fermier sont investis sur ces biens d'un droit de propriété temporaire et qu'ils peuvent, dans ces conditions, hypothéquer cette propriété temporaire, de même que le propriétaire perpétuel peut hypothéquer son droit (3).

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. III, § 3, art. 3, n. 6 ; Persil, *Quest.*, II, p. 291 ; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, IV, 3177, note 1 ; Duranton, XXI, 6 ; Demolombe, *Distinct. des biens*, I, 168 ; Martou, III, 955 ; Mourlon, *Transcr.*, I, 13 ; Dubois, *Rev. prat.*, 1862, XIV, p. 185, n. 8 ; Laurent, V, 415, XXX, 215 ; Guillouard, *Du louage*, I, 299 ; Beudant, I, p. 294, note 1 ; Lepinois, III, 1259-1260. — Besançon, 22 mai 1845, S., 47. 2. 273, et sur pourvoi Req., 14 fév. 1849, D., 49. 1. 166, S., 49. 1. 261. — Trib. civ. Lyon, 10 janv. 1868, D., 71. 3. 33, note 1. — Trib. civ. Seine, 17 fév. 1870, D., 71. 3. 33, S., 71. 2. 181, réformé par Paris, 23 fév. 1872, D., 74. 2. 21, S., 72, 2. 170.

(2) Req., 27 mai 1873, D., 73. 1. 410, S., 73. 1. 254. — V. Paris, 8 fév. 1892, D., 92. 2. 409 (*Note* de M. Planiol). V. aussi les arrêts cités à la note suivante. — Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 30.

(3) Pont, II, 634 ; Aubry et Rau, § 164, texte et note 7, II, 4e éd. p. 6, 5e éd. p. 8, § 223,

1298 I. Si le bail ne renferme aucune stipulation qui permette de déterminer l'intention des parties, et si les constructions ont été élevées à l'insu du propriétaire sans autorisation expresse ou tacite de sa part, la question devient beaucoup plus difficile. On peut être porté à décider, en vertu de l'art. 553, que les constructions nouvelles appartiennent au propriétaire sous la condition résolutoire de son option pour leur démolition et l'enlèvement des matériaux. Mais alors ne faudra-t-il pas dire que le preneur en est propriétaire sous la condition suspensive de la réalisation du même événement? En conséquence le droit d'hypothéquer serait régi par les règles de l'art. 2125 (1).

Nous nous contenterons de présenter ici une observation. N'y a-t-il pas quelque chose d'étrange de voir une condition suspensive du droit du fermier dans un événement qui a pour effet de l'anéantir? L'effet rétroactif de la condition fait remonter dans le passé un droit définitivement établi; ici la volonté du propriétaire optant pour la démolition et l'enlèvement consoliderait dans le passé un droit qu'elle anéantirait dans l'avenir (2).

II, 4e éd. p. 440, 5e éd. p. 627; Laurent, V, 416; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 31-32; Planiol, I, 1255. — Cpr. Planiol, *Note* dans D., 92. 2. 409. — Paris, 30 mai 1864, D., 66. 2. 174, S., 64. 2. 266. — Orléans, 19 avril 1866, D., 66. 2. 94. — Lyon, 14 août 1868, D., 71. 3. 33, note 1, S., 69. 2. 115. — Lyon, 18 fév. ou 18 mars 1871, D., 71. 2. 191, S., 71. 2. 81 (*Note* de M. Moreau) et sur pourvoi Req., 13 fév. 1872, D., 72. 1. 256, S., 72. 1. 104. — Rouen, 26 août 1871; Nîmes, 3 janv. 1872, S., 72. 2. 170. — Paris, 23 fév. 1872, D., 74. 2. 21, S., 72. 2. 170. — Req., 5 nov. 1873, D., 74. 1. 373. — Paris, 4 nov. 1886, D., 88. 2. 4, S., 88. 2. 126. — Paris, 9 août 1889, D., 90. 2. 119. — Paris, 8 fév. 1892, D., 92. 2.409. — Cpr. Civ. rej., 7 avril 1862, D., 62. 1. 281, S., 62. 1. 459, qui décide également que dans ce cas on doit suivre la procédure de la saisie immobilière. — V. dans le même sens Civ. cass., 19 juill. 1893, D., 93. 1. 603, S., 94. 1. 241 (*Note* de M. Wahl). — Bordeaux, 22 fév. 1894, D., 94. 2. 584. — Gand, 29 mai 1895, D., 97. 2. 218. — Douai, 24 juin 1897, *Gaz. des Trib.*, 12 août 1897. — Cpr. Besançon, 22 mai 1845, S., 47. 2. 273 et sur pourvoi Req., 14 fév. 1849, D., 49. 1. 166, S., 49. 1. 261. — V. Flandin, *Transcr.*, I, 32. — *Contra* Guillouard, II, 651 et 942 et *Louage*, I, 298. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, 619, 649. D'après ces auteurs les constructions nouvelles sont la propriété du preneur, que le bail les autorise, les interdise ou qu'il garde le silence.

(1) V. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 35 s. et les autorités qui y sont citées. — Rapp. *eod. op.*, 372 et la note 2 de la p. 255.

(2) Cpr. Bordeaux, 22 fév. 1894, D., 94. 2. 584.

1299. Il faut maintenant déterminer les effets de l'hypothèque. Un auteur [1] distingue entre le cas où les constructions nouvelles ont été élevées par le locataire ou le fermier avec ou sans le consentement du propriétaire. Au premier cas, l'hypothèque serait destituée de toute efficacité; l'indemnité à laquelle le constructeur aurait droit se distribuerait entre tous ses créanciers par contribution et non dans un ordre; les créanciers hypothécaires ne jouiraient d'aucune cause de préférence. Au contraire, dans le second cas, ils pourraient avoir le droit de se faire colloquer au rang de leur hypothèque suivant certaines distinctions, dans le détail desquelles nous n'entrerons pas.

Nous ne pouvons pas accepter cette solution. Il nous répugne d'admettre la validité de l'hypothèque pour la déclarer immédiatement inefficace dans une hypothèse, comme on le fait cependant. Nous croyons qu'il n'y a pas à rechercher si les constructions ont été faites avec ou sans le consentement du propriétaire du sol. Les tribunaux n'ont qu'une question à résoudre : les constructions sont-elles ou non la propriété du preneur? Si elles lui appartiennent, il a pu les hypothéquer et l'hypothèque doit produire ses effets, pourvu qu'ils soient compatibles avec la nature des choses. Nous écartons ainsi l'argument fondé sur l'arrêt de la chambre des requêtes du 14 février 1849 [2]. La cour suprême constate qu'en fait les constructions appartenaient au propriétaire du sol, qu'elles n'étaient pas la propriété du preneur, qu'elles n'avaient pu, en conséquence, être saisies immobilièrement sur sa tête. Il en résulte que l'indemnité à laquelle il pouvait prétendre n'était, entre ses mains, qu'une valeur mobilière, qu'elle n'était pas le prix d'un immeuble; elle devait donc être distribuée par contribution; nul créancier hypothécaire du preneur ne pouvait prétendre à une cause de préférence.

Nous pensons d'ailleurs qu'aucune hypothèque ne peut être établie avec efficacité par le preneur sur les constructions

(1) Pont, II, 634.
(2) D., 49. 1. 166, S., 49. 1. 261.

qu'il a élevées en vertu d'une clause du bail, lorsqu'elles doivent à son expiration demeurer la propriété du bailleur sans indemnité. Cette solution se justifie non pas par cette circonstance qu'elles ont été faites du consentement du bailleur, mais parce que le bailleur n'a pas alors renoncé au bénéfice du droit d'accession, qu'elles sont devenues sa propriété, qu'elles n'ont jamais appartenu au preneur, que celui-ci n'a jamais eu sur ces édifices de même que sur le sol qu'un simple droit de jouissance, qu'il n'a pas pu les hypothéquer, et que l'hypothèque par lui consentie doit être déclarée nulle ou inexistante comme portant sur la chose d'autrui. Il n'y a donc pas lieu de rechercher si les constructions ont été élevées avec ou sans le consentement du propriétaire. L'unique question qui se pose est celle de la propriété de ces bâtiments et de la validité de l'hypothèque.

1300. Supposons donc que ces constructions appartiennent au preneur, que l'hypothèque a été valablement constituée par celui-ci ou est née valablement de son chef et déterminons les droits des créanciers hypothécaires, soit pendant la durée du bail, soit au moment de son expiration.

Pendant la durée du bail, les créanciers hypothécaires, comme tous les autres créanciers du preneur, peuvent frapper ces biens de saisie immobilière (1). Le prix d'adjudication, représentation d'une valeur immobilière, devra être distribué par voie d'ordre et non par contribution (2).

Nous appliquerions la même solution si les constructions avaient été, pendant le cours du bail, l'objet d'une vente volontaire, qui aurait eu pour résultat d'en transférer la propriété à l'acheteur (3), fût-ce au bailleur propriétaire du sol (4). Le prix stipulé est la représentation d'une valeur im-

(1) Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 32. — Civ. rej., 7 août 1862, D., 62. 1. 281, S., 62. 1. 459. — Paris, 30 mai 1864, D., 66. 2. 174, S., 64. 2. 266. — Paris, 1er mars 1889, D., 91. 2. 38.

(2) Lyon, 18 fév. ou 18 mars 1871, D., 71. 2. 191, S., 71. 2. 81 et sur pourvoi, Req., 13 fév. 1872, D., 72. 1. 256, S., 72. 1. 104. — Rouen, 26 août 1871, S., 72. 2. 170. — Paris, 23 fév. 1872, D., 74. 2. 21, S., 72. 2. 170.

(3) Nîmes, 3 janv. 1872, S., 72. 2. 170.

(4) Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 33. — Req., 15 nov. 1875, D., 76. 1. 210, S., 76. 1. 86.

mobilière. Nous n'exigerons pas que le créancier hypothécaire sauvegarde son droit en se présentant avant que ce prix ne soit sorti des mains de l'acheteur. Sans doute le créancier hypothécaire peut être forclos, s'il ne produit pas à l'ordre dans les délais de la loi. Mais si l'acheteur payait sans avoir rempli toutes les formalités légales, le créancier hypothécaire conserverait le droit de suivre entre ses mains l'immeuble hypothéqué, pourrait le saisir et le faire vendre. Lui refuser ce droit, ce serait priver l'hypothèque, dont on reconnaît cependant l'existence et la validité, d'un de ses principaux attributs, le droit de suite. C'est pourquoi nous pensons qu'en cas de vente volontaire, le créancier hypothécaire exerce son droit dans les conditions du droit commun.

1301. Nous parvenons ainsi à notre deuxième hypothèse. Le bail a pris fin. L'hypothèque cesse de frapper les constructions; elle n'avait été établie que pour un temps déterminé; le délai est expiré, elle est éteinte.

Est-ce à dire que le créancier hypothécaire, qui a certainement perdu le droit de suite, soit également privé du droit de préférence?

Nous serions portés à proposer une distinction. De deux choses l'une : ou les constructions sont alors démolies, parce que le propriétaire refuse de les conserver et exige la remise des lieux dans leur état primitif, ou au contraire elles sont retenues par le propriétaire moyennant une indemnité fixée dans son chiffre ou dans ses bases par la convention primitive, déterminée par un accord de volontés ou par la justice conformément à la loi.

Dans le premier cas, nous pensons [1] que le créancier hypothécaire ne peut invoquer aucune cause de préférence. Son hypothèque est éteinte par l'expiration du temps pour lequel elle avait été établie. Nous n'irons pas jusqu'à dire, avec la cour de Lyon, qu'elle est résolue. Mais elle ne peut plus s'exercer sur un immeuble qui a cessé d'exister; elle ne peut pas s'exercer sur une somme d'argent représenta-

[1] Pont, II, 634; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 33 et 39. — Bordeaux, 22 déc. 1868, D., 71. 2. 190, S., 69. 2. 268.

tive de l'immeuble, puisqu'il n'en est pas dû; elle ne peut pas atteindre les matériaux provenant de la démolition, puisqu'ils sont meubles et que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (art. 2119).

Dans le second cas au contraire, lorsque le preneur a droit à une indemnité, de quelque manière qu'elle soit fixée, nous serions assez disposés à admettre l'exercice du droit de préférence. On objecte cependant que l'hypothèque n'a pas pu s'attacher à cette indemnité, parce qu'elle est une chose purement mobilière, et on ajoute : « L'hypothèque donnée » par le locataire à son créancier est résolue comme le droit » de propriété de ce locataire. Ici, en effet, le propriétaire » du sol est censé avoir toujours été propriétaire des bâti- » ments par droit d'accession, c'est-à-dire par un droit qui » est né au jour même où les constructions ont été élevées, » et qui, par cela même, bien qu'il pût être exercé ou ne pas » l'être, remonte à ce jour même dès l'instant que celui en » faveur de qui il était ouvert croit devoir en user » (1). L'objection serait fondée si nous avions reconnu au locataire le droit d'hypothéquer dans tous les cas les constructions par lui élevées. Mais nous n'avons pas admis cette théorie absolue et nous avons limité le droit du locataire au cas où les constructions nouvelles demeurent sa propriété, parce que le propriétaire du sol a renoncé au bénéfice de l'accession. Les événements postérieurs ne peuvent pas anéantir ce fait et ses conséquences juridiques. En vertu de la volonté des parties, le locataire a eu sur ces constructions un droit de propriété, temporaire comme sa jouissance. L'exercice, que le propriétaire fait de son droit d'option, ne peut produire d'effet que pour l'avenir. C'est, il nous semble, une mutation de propriété qui s'opère ; pour qu'elle efface même dans le passé le droit du locataire, il faudrait qu'il s'y attachât un effet rétroactif soit en vertu d'un texte formel, soit en vertu des principes généraux. Or le droit d'accession ne peut, à aucun titre, ni en vertu d'un texte, ni en vertu des principes, ni en vertu de la volonté des parties, avoir cette rétroactivité. Cette

(1) Pont, II, 634. — *Sic* Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, 679.

mutation de propriété ne s'opère que moyennant indemnité; cette indemnité forme le prix moyennant lequel elle a lieu. C'est le prix d'un immeuble, puisque la propriété transmise est une propriété immobilière; sur ce prix, le créancier hypothécaire exercera son droit de préférence (1).

1301 I. La situation du simple possesseur, de celui qui possède sans avoir aucun droit réel sur la chose, sans être investi d'aucun droit de créance né d'un contrat, est régie par des principes analogues.

Le possesseur de bonne foi, auquel le propriétaire ne peut pas imposer la démolition (art. 555), ne peut pas hypothéquer les constructions nouvelles par lui élevées. Elles ne lui appartiennent pas. Elles sont l'accessoire du sol et la propriété de celui qui a la propriété du sol.

Il est logique d'étendre cette solution au possesseur de mauvaise foi; il est impossible de lui reconnaître un droit dont le possesseur de bonne foi ne serait pas investi.

Dans l'une et l'autre hypothèses, il faut réserver le cas où les constructions auraient été élevées par le possesseur en vertu d'une autorisation du propriétaire du sol. Il faut alors se conformer à la volonté des parties (2).

1301 II. Il a été jugé, en vertu de ces principes, que les établissements créés par le concessionnaire sur des dépendances du domaine public sont susceptibles d'être hypothéqués, malgré le caractère précaire et révocable du droit concédé (3).

1302. La règle qu'il faut être propriétaire pour pouvoir hypothéquer comporte cependant exception dans les hypothèses prévues par les art. 1507 al. 3 et 1508. Il s'agit du cas où soit un immeuble de la femme, soit tous les immeubles de celle-ci, ont été ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine

(1) Paris, 8 fév. 1892, D., 92. 2. 409. On peut aussi invoquer en faveur de cette opinion un autre arrêt de la même cour du 9 août 1889, D., 90. 2. 119, aux termes duquel la résiliation et l'expulsion ordonnées par justice ne sauraient faire rétroactivement disparaître les droits concédés par le locataire.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 40.

(3) Caen, 3 avril 1824, *J. G.*, v° *Biens*, 23, S., 25. 2. 173. — Orléans, 19 avril 1866, D., 66. 2. 94. — *Sic* Pont, I, 350; Troplong, I, 412 et *Prescr.*, I, 450. — *Contra* Toullier, III, 479; Laurent, XXX, 217; Lepinois, III, 1260.

somme, c'est-à-dire des clauses que les uns appellent ameublissement déterminé de la deuxième variété et ameublissement indéterminé, tandis que les autres leur donnent le nom d'ameublissement indéterminé, général ou particulier et qu'il est peut-être plus simple d'appeler ameublissement en valeur en l'opposant à l'ameublissement en propriété (1).

On décide généralement que l'ameublissement indéterminé ou en valeur ne rend pas la communauté propriétaire, même lorsqu'il a pour objet un immeuble déterminé. En conséquence, le mari n'a pas le droit, en sa qualité de chef de la communauté, d'aliéner les immeubles ameublis par sa femme dans ces conditions. Néanmoins, il a le droit de les hypothéquer jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublissement a eu lieu. On fait observer, non sans raison, qu'il y a là une exception à la règle en vertu de laquelle il faut être capable d'aliéner pour pouvoir hypothéquer. Nous croyons qu'il faut aller plus loin. Si le mari ne peut pas aliéner l'immeuble ou les immeubles ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine somme, ce n'est pas seulement parce que la loi l'en déclare incapable, c'est plutôt parce que ces immeubles ne font pas partie de la communauté, qu'ils demeurent la propriété de la femme et que le propriétaire seul peut aliéner. En permettant l'hypothèque, la loi a dérogé au principe que nous développons (2).

Cette dérogation se justifie d'ailleurs rationnellement. Le législateur a cru sage de mettre à la disposition du mari le moyen d'obtenir le versement, dans la masse commune, de la valeur jusqu'à concurrence de laquelle les immeubles de la femme avaient été ameublis. Deux procédés s'offraient pour atteindre le but. On pouvait, en premier lieu, autoriser le mari à les aliéner. Il y avait un obstacle légal : ni le mari, ni la communauté ne sont alors propriétaires et le propriétaire seul a le droit d'aliéner. Cet obstacle n'était pas insurmontable ; on pouvait reconnaître au mari cette faculté, en éten-

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 1380.

(2) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 1390 ; Thézard, 55 ; Colmet de Santerre, IX, 92 *bis*-I ; Guillouard, II, 967 ; Aubry et Rau, § 266, III, 5e éd. p. 452-453 ; Planiol, II, 2779.

dant les limites ordinaires de son mandat. Cette solution était dangereuse; elle était de nature à compromettre les intérêts de la femme ; le mari aurait été porté à consentir la vente pour un prix inférieur à la valeur réelle, du moment où il aurait la certitude d'obtenir une somme suffisante pour couvrir les droits de la communauté. C'est pourquoi la loi a repoussé cette solution. On pouvait, en second lieu, autoriser le mari à hypothéquer les immeubles ameublis jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublissement a eu lieu. On se heurtait à la même objection. Pour hypothéquer il faut être propriétaire, et ni le mari ni la communauté ne sont propriétaires, comme nous l'avons déjà fait observer. La loi ne s'est pas arrêtée à cette difficulté ; dans l'intérêt du mari et de la communauté elle a dérogé au principe. On peut la justifier en disant que le législateur a étendu le mandat du mari en lui permettant de consentir un acte qu'il n'aurait pas le droit de faire d'après le droit commun de l'art. 1428 (1). Cette explication fait disparaître l'exception ou plutôt l'exception est simplement apparente. Les intérêts de la femme ne sont pas compromis; elle pourra attendre une occasion favorable et ne consentir à l'aliénation que si le prix offert est égal à la valeur de l'immeuble. Sans doute, le créancier hypothécaire aura la faculté de saisir et de faire vendre son gage. Mais la loi pense qu'une vente aux enchères publiques portera le bien à sa valeur vraie. Voilà comment elle a concilié heureusement les intérêts de tous.

1302 I. Une difficulté particulière se présentera si la clause d'ameublissement en valeur consenti par la femme, porte sur les immeubles présents et à venir comme les époux peuvent le stipuler (2). Le mari, qui a le droit de consentir une hypothèque, ne peut pas choisir l'immeuble qui sera grevé ; car c'est à la femme, auteur de l'ameublissement, qu'il appartient de déterminer les immeubles qui seront compris dans la masse. Il faut permettre au mari d'hypothéquer les immeubles ameublis dans les conditions où ils ont été ameublis, c'est-à-

(1) Guillouard, II, 967 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 1390 ; Huc, XIII, 203.

(2) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 1377.

dire d'hypothéquer les immeubles présents et à venir de sa femme. La validité de cette hypothèque ne sera pas subordonnée aux conditions de l'art. **2130**. Mais l'inscription en serait régie par les règles du droit commun pour les hypothèques conventionnelles, elle devrait être spéciale et une inscription nouvelle serait indispensable au fur et à mesure des acquisitions faites par la femme.

1303. Une jurisprudence, dont nous n'avons pas à apprécier la légitimité, admet une seconde exception au principe. On sait qu'elle déclare valables les aliénations à titre onéreux des immeubles héréditaires consenties par l'héritier apparent, lorsque l'acquéreur a été de bonne foi (1). Il en résulte nécessairement que les constitutions d'hypothèques faites dans les mêmes conditions doivent être validées (2). Nous nous contentons de signaler ce point : la question appartient à la théorie des successions et des effets de la pétition d'hérédité. L'héritier apparent n'a jamais été propriétaire des immeubles héréditaires ; d'après cette jurisprudence, ces biens peuvent être valablement grevés d'hypothèques par la volonté de cet héritier (3).

1303 I. De même est valable l'hypothèque consentie par une personne qui en vertu d'un titre régulier et valable est devenue propriétaire de l'immeuble grevé, quoique cet acte soit simulé et que l'acquéreur ne soit qu'un simple prête-nom. La bonne foi du créancier hypothécaire écarte toute idée de fraude et doit déterminer à valider la convention (4).

(1) V. notamment Civ. cass., 13 mai 1879, D., 79. 1. 417, S., 80. 1. 26. — Req., 4 août 1885, D., 86. 1. 310, S., 86. 1. 120. — Angers, 2. 3. 9 avril 1894, *Gaz. des Trib.*, 21 avril 1894. — *Contra* Cass. belg., 11 juil. 1878, D., 79. 2. 35, S., 79. 2. 108.

(2) Paris, 8 juil. 1833, *J. G.*, v° *Cont. de mar.*, 770, S., 33. 2. 455. — Toulouse, 21 déc. 1839, *J. G.*, v° *Success.*, 573, S., 40. 2. 168. — Orléans, 12 août 1876, D., 77. 1. 429, S., 77. 2. 88 et sur pourvoi, Req., 3 juil. 1877, D., 77. 1. 429, S., 78. 1. 38. — Trib. civ. Toulouse, 29 mars 1889, *Gaz. des Trib. du Midi*, 28 avril 1889. — Trib. civ. Lyon, 3 juil. 1889, *Mon. jud. de Lyon*, 6 nov. 1889. — Civ. rej., 26 janv. 1897 (2e espèce), S., 97. 1. 316.

(3) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, 936 s.; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 268, 5e éd. p. 449. — Civ. cass. et Civ. rej., 26 janv. 1897, D., 00. 1. 33 (*Note* de M. Sarrut).

(4) Aubry et Rau, § 266, texte et note 24, III, 4e éd. p. 268, 5e éd. p. 448. — Paris, 13 fév. 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1206. — Civ. cass., 30 mars 1836, *J. G.*,

Ainsi serait valable l'hypothèque consentie par l'acquéreur d'un immeuble, quoiqu'il soit constaté par une contrelettre que la propriété continue de reposer sur la tête du vendeur (art. **1321**).

De même l'hypothèque constituée par un prête-nom, qui doit être considéré comme ayant agi pour son propre compte, grève valablement l'immeuble affecté.

1304. Du principe qu'il faut être propriétaire d'un immeuble pour pouvoir l'hypothéquer résulte cette conséquence (1), que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle (2).

Cette solution était également consacrée par la législation romaine (3), qui cependant admettait la validité de la vente de la chose d'autrui. Cette différence s'expliquait facilement. La vente n'engendrait à Rome que des obligations; rien ne s'oppose à ce qu'on contracte des obligations relativement à la chose d'autrui. L'hypothèque au contraire donnait immédiatement naissance à un droit réel; si ce droit réel ne peut pas être constitué, il n'y a rien de fait. Or il est évident qu'on ne peut pas conférer un droit réel sur une chose dont on n'est pas propriétaire. C'est pourquoi l'hypothèque de la chose d'autrui était frappée de nullité.

Sous l'empire de notre code, la vente (art. 1599) et l'hypothèque de la chose d'autrui sont également frappées de nullité. L'un et l'autre contrat engendrent ou transfèrent un droit réel; il est donc indispensable d'être propriétaire pour pouvoir les consentir. M. Huc (4) en conclut qu'il faut appliquer à l'hypothèque de la chose d'autrui les mêmes solutions

eod. loc., S., 36. 1. 506. — Aix, 4 mai 1905, *Gaz. des Trib.*, 8 juil. 1905. — Trib. civ. Seine, 30 mai 1905, *Gaz. des Trib.*, 1er nov. 1905. — Paris, 12 juil. 1905, *Gaz. des Trib.*, 4 août 1905. — Trib. civ. Seine, 4 et 10 août 1905, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1905, 2e sem., 2. 326. — *Contra* Trib. civ. Versailles, 29 mars 1905, *Gaz. des Trib.*, 23 avril 1905.

(1) Espagne, *L. hyp.*, art. 126. — Berne, *C. civ.*, art. 484. — Mexico, *C. civ.*, art. 1965. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3126.

(2) Pont, II, 624-625; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 261, 5e éd. p. 439-440; Thézard, 48; Colmet de Santerre, IX, 92 *bis*-III; Huc, XIII, 202; Beudant, I, 341; Planiol, II, 2793.

(3) V. not. L. 15, § 1, D., *De pignoribus et hypothecis* (XX, 1); L. 6, C., *Si aliena res pignori* (VIII, 16).

(4) Huc, XIII, 202.

qu'à la vente de la chose d'autrui, que l'opération est entachée par le même genre d'erreur, que cette erreur porte sur une qualité substantielle de la chose, qu'il était entendu pour le créancier que la chose devait avoir cette qualité de pouvoir, par l'effet du contrat, être affectée au créancier, ce qui impliquerait que la chose devait appartenir au constituant ou que le véritable propriétaire adhèrerait à la convention (1).

Notre esprit ne peut pas concevoir comment la qualité de propriétaire, qui est essentiellement attachée à la personne, peut être inhérente à la chose et comment l'erreur sur la première peut devenir une erreur sur la substance.

Nous n'insisterons pas davantage et laissant de côté les règles relatives à la vente de la chose d'autrui nous allons préciser les caractères de la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui.

1305. On admet en général qu'une semblable convention est nulle de nullité radicale et absolue, inexistante (2). Pour les uns (3), elle manque de la condition à laquelle est subordonnée « *la possibilité légale* de l'affectation hypothécaire en » soi. A défaut de cette condition, la constitution d'hypothè- » que manquant, en quelque sorte, de matière ou d'assiette,

(1) Huc, X, 65.

(2) Grenier, I, 51; Persil, I, sur l'art. 2124; Duranton, XIX, 367; Martou, III, 1002 s.; Pont, II, 625; Daniel de Folleville, *Essai sur la vente de la chose d'autrui,* 139; Zachariæ, Massé et Vergé, V, p. 174, § 799, texte et note 5; Aubry et Rau, § 266, texte et note 4, III, 4e éd. p. 261, 5e éd. p. 440; Laurent, XXX, 469 s.; Thézard, 48; Thiry, IV, 493; Guillouard, II, 937-938; Lepinois, IV, 1494; Huc, XIII, 202; Beudant, I, 341, p. 293 note 1, II, 636; Planiol, II, 2795. — Req., 12 juin 1807, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1192. — Cour sup. de Bruxelles, 11 juin 1817, *J. G., ibid.*, S., 21. 2. 223. — Bordeaux, 24 janvier 1833, *J. G.*, eod. v°, 1194-1°, S., 33. 2. 569. — Bordeaux, 16 juillet 1838, *J. G.*, eod. v°, 1194, S., 38. 2. 502. — Nancy, 30 mai 1843, *J. G.*, eod. v°, 1192, S., 43. 2. 547. — Dijon, 25 avril 1855, D., 55. 2. 218, S., 55. 2. 403. — Civ. cass., 24 mai 1892, D., 92. 1. 327, S., 92. 1. 289 et sur renvoi Montpellier, 10 fév. 1896, D., 97. 2. 269, S., 96. 2. 128. — *Contra* Merlin, *Quest.*, v° *Hyp.*, § 4 *bis;* Troplong, II, 518 à 521; Colmet de Santerre, IX, 92 *bis*-III s.; Labbé, *Rev. prat.*, 1875, XL, p. 180; Gillard, *Constit. d'hyp. convent.*, 99 et 100. — Bordeaux, 21 décembre 1832, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1190, S., 33. 2. 205. — Metz, 20 avril 1836, *J. G*, eod. v°, 1193, S., 38. 2. 197. — Bruxelles, 10 août 1840, *Pasic. belge,* 41. 2. 158. — Trib. Neufchâteau, *Pasicr. belge,* 75. 3. 139.

(3) Aubry et Rau, Thézard, *locc. citt.* — Civ. cass., 24 mai 1892, cité à la note précédente.

» se trouve entachée d'un vice réel et substantiel », que rien ne saurait faire disparaître. « C'est ce qui résulte invincible-» ment de l'art. 2129, qui ne se borne pas à déclarer qu'il » n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui a » été constituée, avec désignation spéciale, sur des immeubles » actuellement appartenant au débiteur, mais ajoute encore » que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués » (1). Pour d'autres auteurs, cette solution se justifie parce que l'hypothèque de la chose d'autrui a une cause illicite. « La » cause est illicite, aux termes de l'art. 1133, dit Laurent (2), » quand elle est prohibée par la loi et quand elle est contraire » à l'ordre public; or, à ce double titre, l'hypothèque de la » chose d'autrui est illicite; la loi la prohibe dans les art. 73 » et 78 (Code civil, art. 2124 et 2129), et elle la prohibe dans » un intérêt général, puisque la prohibition tient à la spécia-» lité, c'est-à-dire à l'intérêt des tiers, qui est un intérêt public » et au crédit des propriétaires, qui constitue également un » intérêt public; et en matière de convention l'intérêt public » est d'ordre public ».

De ces deux justifications d'une solution que nous croyons exacte, nous n'hésitons pas à repousser la seconde; elle repose sur une fausse notion de la théorie de la cause ou même sur une étrange confusion entre la cause et l'objet. La cause de l'hypothèque réside dans l'obligation à la sûreté de laquelle l'immeuble hypothéqué est affecté. L'immeuble lui-même est l'objet de la convention et nous ne voyons pas comment la défense d'hypothéquer la chose d'autrui pourrait se référer à la cause du contrat. Elle ne s'y rattache par aucun lien; elle a trait, elle n'a trait qu'à l'objet sur lequel le droit est constitué.

Mais si nous écartons l'explication de Laurent, faut-il en conclure, avec Aubry et Rau et la cour de cassation, que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle ou inexistante faute d'objet? Colmet de Santerre (3) le conteste très sérieusement : « La convention, dit-il, réunit bien toutes les con-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*
(2) *Loc. cit.*
(3) Colmet de Santerre, IX, 92 *bis*-IV.

» ditions exigées pour la validité des conventions en général, » l'objet notamment est parfaitement déterminé, il n'est pas » hors du commerce, seulement celui qui veut constituer un » droit réel sur l'immeuble n'a pas la disposition de cet im- » meuble, il y a un manque de pouvoirs, il n'y a pas absence » d'objet ».

La démonstration de Colmet de Santerre serait parfaitement exacte, s'il suffisait, pour la perfection d'une convention, qu'elle eût un objet quelconque; mais il semble en outre indispensable qu'elle ait un objet licite. C'est ainsi que la prohibition écrite dans l'art. 1130 des pactes sur succession future entraîne, dans l'opinion générale, la nullité radicale ou l'inexistence de semblables conventions (1). Or, l'hypothèque de la chose d'autrui tombe sous le coup d'une prohibition de même nature. L'art. 2129 interdit en effet l'hypothèque des biens à venir. L'hypothèque de la chose d'autrui ne peut pas donner naissance actuellement à un droit réel; ce droit n'existera que si le constituant devient propriétaire de la chose hypothéquée. La convention s'analyse en réalité dans l'hypothèque d'un bien à venir. Elle est donc prohibée par l'art. 2129. Si elle a un objet, comme le soutient énergiquement Colmet de Santerre, cet objet est illicite. Elle est frappée de nullité radicale ou d'inexistence.

Ces considérations peuvent expliquer la différence que d'excellents auteurs et la jurisprudence (2) établissent à ce point de vue entre la vente et l'hypothèque de la chose d'autrui.

L'un des partisans de l'opinion contraire se croit obligé de faire exception pour le cas où l'hypothèque aurait été constituée sur un immeuble dépendant d'une succession non ouverte (3). N'est-ce pas reconnaître que dans tous les cas l'hypothèque frappe un immeuble à venir et qu'elle est interdite par l'art. 2129 ?

1306. La solution que nous venons de donner à la question précédente engendre d'importantes conséquences.

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Barde, I, 261.

(2) V. notamment Riom, 17 janv. 1889 et sur pourvoi, Civ. cass., 4 mars 1891, D., 91. 1. 313, S., 94. 1. 413.

(3) Gillard, *op. cit.*, p. 153, note 1.

L'acquisition ultérieure de la propriété par le constituant ne validera pas la constitution d'hypothèque [1]. Celui qui a consenti l'hypothèque de la chose d'autrui acquiert entre vifs la propriété de l'immeuble hypothéqué, ou bien il devient l'héritier du propriétaire et recueille cet immeuble dans la succession ou le reçoit dans son lot. L'hypothèque ne devient pas valable. Nulle ou inexistante dans son principe, elle ne peut naître que par l'effet d'une convention nouvelle. Cette conséquence résulte bien de l'art. 2129 al. 2, qui interdit l'hypothèque des biens à venir. La prohibition, étant conçue dans les termes les plus généraux. rend impossible non seulement la constitution d'hypothèque qui porterait sur la généralité des biens à venir, mais aussi celle qui serait consentie sur un bien à venir déterminé, pour le cas où le constituant en deviendrait propriétaire plus tard [2].

On a cependant contesté ce point en se fondant sur l'autorité du droit romain. Lorsque le débiteur devenait propriétaire de l'immeuble hypothéqué, il se produisait ce que les interprètes ont appelé une *reconciliatio pignoris*, l'hypothèque se trouvait validée [3], bien qu'elle eût été à l'origine frappée de nullité et on essaie d'en conclure que cette solution doit être suivie sous l'empire de notre code.

Cette argumentation se réfute facilement. Notre régime hypothécaire repose sur des bases absolument nouvelles; il n'y a plus place pour les règles du droit romain. En effet, à Rome, l'hypothèque de la chose d'autrui n'était pas entachée de nullité parce qu'elle avait un objet illicite : la législation romaine admettait l'hypothèque des biens à venir. Elle était

(1) Grenier, I, 51; Persil, I, sur l'art. 2124, II; Duranton, XIX, 367; Martou, III, 1002 et s.; Pont, II, 628-630; Aubry et Rau, § 266, texte et note 4, III, 4e éd. p. 261, 5e éd. p. 430; Laurent, XXX, 471; Thézard, 48; Lepinois, IV, 1495; Huc, XIII, 220; Beudant, II, 636; Planiol, II, 2783. — Civ. cass., 24 mai 1892, D., 92. 1. 327, S., 92. 1. 289 et sur renvoi Montpellier, 10 fév. 1896, D., 97. 2. 269, S., 96. 2. 128. — *Contra* Merlin, *Quest.*, v° *Hypoth.*, § 4 *bis;* Troplong, II, 521-524; Colmet de Santerre, IX, 92 *bis*-IV; Gillard, *Const. hypoth. conv.*, 96 et s.; Guillouard, II, 937-938; Surville, II, 646.

(2) Espagne, *L. hyp.*, art. 126. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3271. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3126-3127.

(3) L. 7, § 2, D., *De senatusc. Macedon.* (XIV, 6); L. 41, D., *De pignerat. act.* (XIII, 7); L. 5, D., *Si aliena res pignori data sit* (VIII, 16).

nulle ou plutôt inefficace, parce que le constituant était dans l'impossibilité de constituer un droit réel sur une chose qui ne lui appartenait pas. Cette inefficacité n'avait donc aucun rapport avec la chose objet de l'hypothèque, elle était la conséquence d'une absence de droit ou de pouvoir dans la personne du constituant. Il en résultait que l'hypothèque devait produire ses effets du jour où le constituant acquérait le pouvoir ou le droit qui, à l'origine, lui faisait défaut. Il en est autrement sous l'empire du code. L'hypothèque de la chose d'autrui est viciée dans son objet, qui est illicite. Le changement, que l'acquisition de la propriété apporte dans la condition personnelle du constituant, ne peut donc exercer ici aucune influence.

En vain Colmet de Santerre objecte : « La convention » n'est pas véritablement viciée en droit; seulement elle ne » peut pas produire d'effet parce qu'elle nuirait aux droits » d'autrui. Mais quand cet obstacle disparaît, quand celui » qui était le *verus dominus* est désintéressé, il n'y a pas de » raison pour que la convention continue à être dénuée d'ef- » fets ».

Cette objection se heurte au texte de l'art. 2129 et à l'argument que nous en avons déduit. Il est inutile de revenir sur ce point. Faisons d'ailleurs une remarque. L'hypothèque de la chose d'autrui n'est pas destituée d'effet, quoi qu'on en dise, parce qu'elle nuirait aux droits des tiers. Elle ne peut évidemment leur porter aucune atteinte; elle ne leur est pas opposable et le *verus dominus* n'a pas besoin d'en invoquer la nullité. Elle est privée de tout effet non pas parce que le constituant n'a aucun droit sur la chose et que *nemo dat quod non habet,* mais parce qu'elle a un objet illicite, la loi prohibant l'hypothèque des biens à venir.

Il n'y a pas à rechercher si le constituant a dissimulé que l'immeuble appartenait à autrui, ou s'il a déclaré n'en être pas propriétaire. La convention n'en serait pas moins nulle, faute d'objet licite.

1307. La même solution devrait être suivie, si le constituant avait consenti l'hypothèque en vue du cas où il deviendrait ultérieurement propriétaire de l'immeuble. On ne saurait

assimiler cette hypothèse à celle de l'hypothèque consentie par un propriétaire sous condition suspensive. Celui-ci a un droit actuel, suspendu par la condition qui, si elle se réalise, rétroagit. Le constituant aura donc été propriétaire de l'immeuble au moment même de l'établissement de l'hypothèque. Ici, au contraire, le constituant n'a aucun droit actuel et si, plus tard, il acquiert l'immeuble, il n'en deviendra propriétaire que pour l'avenir; l'hypothèque qu'il aura consentie aura bien été l'hypothèque de la chose d'autrui. Nulle ou inexistante dans son principe, elle demeurera telle. Rappelons ici, pour répondre à une objection de Troplong, que la prohibition de l'art. 2129 est absolue; qu'il n'interdit pas seulement l'hypothèque générale des biens à venir, mais aussi toute hypothèque, même spéciale, d'un bien à venir (1).

Peut-être cependant pourra-t-on alors interpréter la convention dans le sens d'une promesse d'hypothèque.

1308. La même solution s'appliquerait, par identité de motifs et peut-être *à fortiori,* au cas où le propriétaire de l'immeuble hypothéqué serait appelé à la succession du constituant et l'aurait acceptée purement et simplement.

1309. Nous sommes également conduits à décider que la ratification émanée du véritable propriétaire ne saurait valider la constitution d'hypothèque faite par un *non dominus.* qu'elle ne pourrait produire d'effet que comme constitution d'une hypothèque nouvelle et qu'elle ne deviendrait efficace à l'égard des tiers que par l'inscription requise en vertu de l'acte de ratification (2). Il faudra donc que cet acte soit reçu en la forme notariée.

Sur ce dernier point le doute ne nous paraît pas possible. Si, en effet, la ratification a lieu, en droit commun, par le seul consentement, ce principe ne s'applique qu'aux contrats ordinaires, à ceux dont l'existence n'est subordonnée à aucune condition de forme, à ceux dont la volonté concordante des

(1) Aubry et Rau, § 266, texte et note 5, III, 4e éd. p. 262, 5e éd. p. 440-441; Laurent, XXX, 472; Thézard, 49; Thiry, IV, 496; Lepinois, IV, 1496; Huc, XIII, 219; Beudant, II, 636. — *Contra* Troplong, II, 528; Colmet de Santerre, IX, 92 *bis*-III s.; Gillard, *op. cit.,* 99 et 104.

(2) Guatémala, *C. civ.,* art. 2045.

parties assure par elle seule la pleine et entière efficacité. Mais il en est autrement pour les contrats solennels, pour ceux dans lesquels le consentement n'existe, aux yeux de la loi, que s'il a été exprimé ou manifesté dans certaines formes déterminées par le législateur. Telle est bien la constitution d'hypothèque. La loi exige que le consentement du propriétaire constituant soit constaté par acte notarié. La jurisprudence en a conclu avec raison, comme nous le verrons, que le mandat à l'effet de consentir une hypothèque doit être donné par acte passé devant notaire. Nous appliquons ici la même règle. Le consentement du propriétaire résulte de l'acte de ratification. Voilà véritablement l'acte constitutif. Donc il doit être rédigé en la forme notariée. Un acte sous signature privée, même ayant acquis date certaine, serait manifestement inopérant.

Nous ajoutons que cet acte doit réunir toutes les conditions requises pour la validité d'une constitution hypothécaire et que l'efficacité de cette sûreté ne pourra résulter que de l'inscription requise en vertu de cet acte. En effet, la constitution d'hypothèque émanée du *non dominus*, qui a agi en son nom personnel et non au nom du propriétaire, est atteinte d'un vice irrémédiable : elle est nulle d'une nullité radicale ou inexistante ; elle n'a pas d'objet licite : elle est le néant ; elle ne peut produire aucun effet ; il s'agit donc de faire naître une hypothèque, un droit de préférence qui n'existe pas encore ; il naîtra par la volonté du propriétaire exprimée conformément à la loi ; il faut donc que l'acte réunisse toutes les conditions de fond et de forme exigées ; et il n'acquerra son efficacité à l'égard des tiers que par l'inscription requise en vertu de ce titre ; toute inscription requise en vertu du titre émané *a non domino* serait inopérante, comme cet acte lui-même [1].

[1] Pothier, *Introd. à la cout. d'Orléans*, tit. XX, ch. I, sect. 2, n. 24 ; Aubry et Rau, § 266, note 6, III, 4e éd. p. 262, 5e éd. p. 441-442 ; Laurent, XXX, 450 ; Labbé, *Note*, dans S., 81. 1. 441 ; Thézard, 49 ; Lepinois, IV, 1647 ; Planiol, II, 2795. — Paris, 5 juill. 1877, D., 77. 2. 168. — Cpr. aussi Req., 2 août 1859, S., 59. 1. 801 et 808. — *Contra* Renckhoff, *Confir. des actes entachés de nullité*, 38 ; Gillard, *Constitut. de l'hyp. convent.*, 241. — Rennes, 29 oct. 1885, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 848.

1310. En serait-il de même si le constituant avait déclaré se porter fort pour le véritable propriétaire ? Dans l'hypothèse précédente, c'est un *non dominus* qui a hypothéqué l'immeuble en son nom personnel et comme lui appartenant. L'hypothèque n'a pas pu prendre naissance. Ici le constituant n'a pas agi en son nom personnel ; il a traité au nom du propriétaire, il s'est porté fort pour lui. C'est presque un *negotiorum gestor*. Sans doute si le propriétaire ne ratifie pas, il n'y aura rien de fait ; l'hypothèque n'existe pas. Mais, s'il ratifie, sa ratification est en réalité un consentement ou, si l'on veut, elle équivaut à mandat, *ratihabitio mandato æquiparatur ;* la constitution hypothécaire ne se trouve-t-elle pas rétroactivement validée, pourvu que cette ratification soit constatée par un acte notarié (1), et son efficacité ne sera-t-elle pas assurée par l'inscription prise en vertu de l'acte primitif, sans qu'il soit nécessaire d'en requérir une nouvelle ?

Remarquons d'abord, pour limiter le champ de la controverse, que les tiers, qui ont acquis du chef du propriétaire des droits sur l'immeuble depuis l'acte constitutif et avant la ratification et qui les ont conservés en se conformant aux lois, ne courent aucun danger. La rétroactivité de la ratification ne saurait leur nuire (arg. art. **1338**, al. **3**). On est d'accord sur ce point.

La jurisprudence a décidé que cette ratification du propriétaire valide l'hypothèque (2). En effet, aux termes de l'art. **1120**, on peut se porter fort pour un autre en promettant le fait de celui-ci. On peut donc, en cette qualité, constituer une hypothèque sur l'immeuble d'autrui, et si le propriétaire ratifie cette convention, la constitution d'hypothèque se trouve validée. L'art. **1120** est général ; il s'applique à tous les contrats, à toutes les conventions ; on peut les consentir en se portant fort pour l'intéressé ; la naissance du droit est subordonnée à la ratification du tiers ; si cette ratification intervient, l'acte

(1) V. les autorités citées note précédente.

(2) Req., 3 août 1859, D., 59. 1. 419, S., 59. 1. 801 et 811. — Civ. cass., 13 déc. 1875, D., 76. 1. 97, S., 76. 1. 273. — Cpr. Civ. rej., 25 avril 1856, D., 56. 1. 385. — *Sic* Pont, II, 626 ; Martou, III, 956 ; Garsonnet, *Note* dans D., 76. 1. 97 ; Guillouard, II, 939.

produit tous ses effets. A plus forte raison cette solution doit-elle être admise par ceux qui voient dans l'acte du porte-fort une gestion d'affaires.

Cette solution est cependant très vivement contestée [1] ; on la combat à l'aide des arguments que nous invoquions à l'instant pour démontrer l'inefficacité de la ratification par le propriétaire de l'hypothèque de la chose d'autrui.

Mais il y a entre les deux hypothèses une différence capitale. Dans le cas prévu au numéro précédent, le constituant a agi en son nom personnel ; il a hypothéqué la chose d'autrui ; la convention est nulle faute d'objet licite. Dans notre hypothèse, au contraire, le constituant n'a pas agi en son nom personnel ; il a parlé au nom du propriétaire, de celui qui avait qualité pour constituer l'hypothèque ; il s'est porté fort pour lui ; il a promis sa ratification ; il n'a pas hypothéqué la chose d'autrui, l'acte n'est donc pas nul ou inexistant ; la ratification du propriétaire mettra les parties au même et semblable état que s'il y avait eu mandat : *Ratihabitio mandato æquiparatur.*

1310 I. La cour de cassation a décidé, en outre, que cette ratification valide rétroactivement la constitution d'hypothèque dès l'origine, sous la réserve toutefois des droits acquis à des tiers dans l'intervalle, que l'inscription prise en vertu du titre consenti par le porte-fort, est valable, suffit pour conserver le droit du créancier et détermine son rang. Nous n'avons pas à discuter ici cette théorie de la rétroactivité de la ratification des actes consentis par un porte-fort [2].

Nous nous contenterons de présenter une observation qui se réfère directement à notre matière. La publicité, en matière hypothécaire, a pour but de permettre aux tiers d'apprécier les charges dont sont grevés les immeubles offerts en garantie. Il est donc indispensable qu'ils puissent juger la validité

(1) Aubry et Rau, § 266, texte et note 6, III, 4e éd. p. 262, 5e éd. p. 441-442 ; Laurent, XXX, 473 ; Thézard, 50 ; Aubry, *Rev. du not.*, nov. 1879 ; Gillard, *op. cit.*, 102 ; Lepinois, IV, 1493, 1616. — Cpr. Labbé, *Ratif. des actes d'un gér. d'aff.*, 61. — Besançon, 17 déc. 1873, sous Civ. cass., 13 déc. 1875, cité à la note précédente.

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde, I, 142 et les autorités qui y sont citées.

des hypothèques en consultant les registres du conservateur. Or l'inscription prise en vertu du titre originaire leur révèlera que l'hypothèque n'a pas été consentie par le propriétaire, qu'elle a été constituée par un tiers qui s'est porté fort pour celui-ci. Les tiers sauront donc que la validité de l'hypothèque dépend d'une ratification. Ne faudrait-il pas que cette ratification fût portée à leur connaissance soit par une inscription nouvelle, soit tout au moins par une mention de l'acte de ratification en marge de l'inscription préexistante ? Il nous semble que cette formalité s'impose ; elle est indispensable pour que la publicité ne soit pas un vain mot.

1311. Après les explications qui précèdent, il est maintenant facile de déterminer les personnes qui peuvent se prévaloir de l'irrégularité commise et opposer la nullité ou l'inexistence de l'hypothèque.

Ce droit appartient à toute partie intéressée (1). Le véritable propriétaire serait donc admis à l'exercer ; mais il n'aura pas besoin d'y recourir ; l'art. **1165** suffit pour le protéger ; l'acte ne lui est pas opposable ; il n'y a figuré ni en personne, ni par représentant (2).

Le débiteur jouirait de la même faculté (3) ; c'est la conséquence nécessaire du principe que nous avons admis. Seulement entre ses mains ce droit ne sera guère que platonique ; il n'aura pas véritablement intérêt à l'exercer. Car il sera tenu de rembourser immédiatement à son créancier la somme prêtée. Si la déchéance du bénéfice du terme est encourue par celui qui, par son fait, diminue les sûretés données par le contrat (art. **1188**), à plus forte raison la même déchéance doit-elle être encourue par celui qui ne fournit pas les sûretés promises et sur la foi desquelles le créancier avait consenti. Tout au plus pourrait-on autoriser le débiteur de bonne foi à offrir à son créancier d'autres sûretés par analogie de l'art. **2131** (4).

(1) République Argentine, *C. civ.*, art. 3127.

(2) Aubry et Rau, § 266, note 7, III, 4e éd. p. 263, 5e éd. p. 442 ; Thézard, 50 ; Huc, XIII, 201.

(3) Pont, II, 630 ; Martou, III, 1002 ; Arntz, IV, 1774 ; Laurent, XXX, 470 ; Thiry, IV, 494 ; Thézard, 50 ; Lepinois, IV, 1495.

(4) Aubry et Rau, § 266, texte et note 10, III, 4e éd. p. 264, 5e éd. p. 443-444 ; Colmet de Santerre, IX, 92 *bis*-VI.

Peut-être toutefois serait-il difficile, si le débiteur était de mauvaise foi, s'il s'était rendu coupable de stellionat, de l'autoriser à se faire une arme de son délit pour faire tomber la constitution d'hypothèque. Ne pourrait-il pas alors être écarté par la maxime *Nemo auditur propriam allegans turpitudinem?* (1). Nous hésiterions cependant, même dans ce cas, à apporter une exception au principe. L'acte est inexistant ou nul d'une nullité radicale ; il ne peut produire aucun effet ; les tribunaux sont tenus de le constater, même d'office. Nous ne voyons pas comment l'indignité du constituant limiterait leurs pouvoirs.

Les héritiers du débiteur jouiront du même droit que celui-ci. Mais si en fait leur auteur n'avait pas, comme nous venons de le dire, d'intérêt sérieux à opposer l'inexistence de l'hypothèque, il n'en sera pas de même en ce qui les concerne. Car ils pourront, par ce moyen, obtenir que le créancier divise son action entre eux conformément à l'art. 873 et ils échapperont à la disposition de l'art. 1221, n. 1 (2).

1311 I. Les mêmes principes s'appliqueront dans le cas où la constitution d'hypothèque aura été faite par un tiers *non dominus* pour sûreté de la dette d'autrui. Le constituant pourra bien opposer l'inexistence de l'hypothèque ; mais qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, il a commis au moins une négligence, peut-être même un délit (art. 2059). Il doit la réparation du préjudice causé ; il sera donc tenu d'indemniser le créancier de la nullité ou de l'inexistence de l'hypothèque (3).

1312. La question est beaucoup plus intéressante pour les tiers auxquels le constituant aurait donné, vendu ou hypothéqué l'immeuble après en avoir acquis la propriété. Du moment où l'hypothèque de la chose d'autrui est frappée d'inexistence ou de nullité absolue, du moment où elle n'est pas validée par l'acquisition faite par le constituant de la propriété du bien, la nullité peut être invoquée par toute

(1) Bordeaux, 21 déc. 1832, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1190, S., 33. 2. 205. — Nancy, 30 mai 1843, *J. G.*, eod. v°, 1192, S., 43. 2. 547. — Aubry et Rau, § 266, texte et note 9, III, 4e éd. p. 264, 5e éd. p. 443.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(3) Colmet de Santerre, IX, 92 *bis*-V.

personne intéressée. Or il est évident que l'acquéreur de l'immeuble, le créancier hypothécaire dont l'hypothèque a été valablement constituée ont intérêt à s'en prévaloir pour échapper à l'exercice, soit du droit de suite, soit du droit de préférence. Il faut en conclure qu'ils en ont la faculté [1].

La même solution s'applique, par identité de motifs, aux créanciers chirographaires du constituant. Ils ont besoin de faire tomber l'hypothèque pour obtenir leur collocation au marc le franc avec les créanciers hypothécaires dont l'hypothèque aura été ainsi déclarée nulle ou inexistante. Ils auront le droit de se prévaloir de ce vice substantiel, qui infecte la constitution hypothécaire.

1313. Si pour hypothéquer un immeuble il faut en être propriétaire, il n'est pas indispensable de le posséder actuellement, il n'est pas nécessaire que le droit du constituant soit dès à présent reconnu et non contesté. Ainsi celui qui est investi d'une action en vertu de laquelle son droit sera reconnu de telle sorte qu'il sera censé avoir été propriétaire à l'époque de la constitution de l'hypothèque, peut certainement hypothéquer l'immeuble. C'est incontestable lorsqu'il s'agit d'une action en revendication. Le jugement qui interviendra sera déclaratif et non translatif de propriété. Il constatera le droit antérieur du revendiquant. La validité de l'hypothèque constituée en sera la conséquence nécessaire. Il en est de même pour celui qui peut intenter une action en nullité ou en rescision de l'acte par lequel il avait aliéné l'immeuble ; s'il triomphe dans sa demande, il sera censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire ; l'hypothèque qu'il consent sera valable sans aucun doute. Il n'est même pas nécessaire qu'il ait introduit son action au moment de la constitution d'hypothèque. Il n'a pas perdu son droit, il ne l'a pas transmis, puisque l'acte d'aliénation n'a pas pu le transférer [2].

1314. Il n'est pas non plus indispensable, pour la validité

[1] V. les autorités citées, p. 422, note 2.

[2] Delvincourt, III, p. 292 et 293; Grenier, I, 153; Duranton, XIX, 276-277; Pont, II, 642-643; Martou, III, 965; Aubry et Rau, § 266, texte et note 11, III, 4e éd. p. 264, 5e éd. p. 444; Lepinois, IV, 1498.

de l'hypothèque, que le droit du constituant soit pur et simple. Il peut être affecté de modalités diverses. L'hypothèque pourra être valablement constituée ; seulement elle demeurera soumise aux mêmes vicissitudes. C'est ce que dit l'art. **2125** : « *Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une* » *condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à resci-* » *sion, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux* » *mêmes conditions ou à la même rescision* » (1).

Parcourons successivement les différentes applications que ce texte fait de notre principe.

1315. L'hypothèque constituée sur un immeuble par celui qui en est propriétaire sous une condition suspensive, ne tiendra que si la condition se réalise.

Celui qui a acquis un immeuble sous condition suspensive peut l'hypothéquer actuellement, même avant l'accomplissement de la condition. Il est vrai qu'il n'est pas immédiatement devenu propriétaire; mais il le sera si l'événement prévu se réalise, et, grâce à la rétroactivité de la condition accomplie, il sera censé l'avoir été du jour du contrat. L'hypothèque se trouve ainsi valable. Mais son sort dépend de l'accomplissement ou de l'inaccomplissement de la condition. Elle est conditionnelle comme le droit de propriété du constituant : ce qui n'est qu'une application toute simple de la maxime : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (2).

Celui qui a aliéné un immeuble sous condition suspensive demeure actuellement propriétaire ; mais son droit est en suspens ; pour qu'il le conserve, il faut que la condition ne

(1) Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 74. — Italie, *C. civ.*, art. 1976. — Monaco, *C. civ.*, art. 1963. — Espagne, *L. hyp.*, art. 109. — Portugal, *C. civ.*, art. 896. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1725. — Valais, *C. civ.*, art. 1889. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1214-1215. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 113. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1770. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 5. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2038. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3268. — Mexico, *C. civ.*, art. 1976-1978. — Haïti, *C. civ.*, art. 1892. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2021. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3127. — Uruguay, *C. civ*, art. 2285. — Chili, *C. civ.*, art. 2416. — V. aussi Belgique, L. 15 août 1854 sur l'expropriation forcée, art. 2, al. 2 et 3.

(2) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd p. 265, 5e éd. p. 444; Thézard, 51. — Cpr. Metz, 20 avril 1836, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1194, S., 38. 2. 167. — Amiens, 6 décembre 1892, D., 93. 2. 129.

s'accomplisse pas. Propriétaire actuel, il a la faculté d'hypothéquer, mais l'hypothèque sera rétroactivement anéantie, si la condition se réalise.

1315 I. La jurisprudence a appliqué ces principes au cas de substitution permise. Mais certains événements, notamment l'acceptation pure et simple par les appelés de la succession du grevé, exercent une influence décisive sur le sort des hypothèques constituées par ce dernier (1).

1316. L'acquéreur sous condition résolutoire devient immédiatement propriétaire. Donc il peut hypothéquer. Mais son droit est résoluble. L'hypothèque sera affectée de la même condition. Par conséquent, l'hypothèque constituée sur un immeuble par celui qui n'en est propriétaire que sous une condition résolutoire, tombera si cette condition se réalise, conformément à la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Ainsi en sera-t-il lorsque l'aliénation sera affectée d'une condition résolutoire casuelle ou mixte, d'un pacte commissoire exprès ou tacite. Tel sera notamment le cas où une hypothèque aura été consentie par l'acheteur *à réméré* d'un immeuble : elle sera résolue si le vendeur exerce le réméré ; car alors l'acheteur sera censé n'avoir jamais été propriétaire, et l'hypothèque par lui consentie se trouvera ainsi émaner *a non domino.*

Nous appliquerons la même règle à l'hypothèque consentie par l'acheteur qui, n'ayant pas désintéressé son vendeur, verrait prononcer contre lui la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix ou même des intérêts du prix (2), ou par un donataire qui aurait reçu l'immeuble d'un donateur privé d'enfant au temps de la donation, s'il en survient à celui-ci.

Toutefois la résolution ne produit ce résultat qu'autant qu'elle s'opère avec effet rétroactif *ex tunc*, comme dans les exemples précités. La résolution du droit du constituant, qui se produirait sans effet rétroactif, *ex nunc*, laisserait subsis-

(1) Amiens, 6 déc. 1892, D., 93. 2. 129. — Baudry-Lacantinerie et M. Colin, II, 3382.

(2) Req., 27 mai 1895, D., 95. 1. 508, S., 99. 1. 517.

ter les hypothèques procédant de son chef. On peut citer comme exemple le cas de révocation d'une donation pour cause d'ingratitude (art. 958).

Rappelons que cette règle reçoit exception pour l'hypothèque légale de la femme mariée dans les cas prévus et sous les conditions déterminées par les art. 952 et 1054 (1).

Rappelons aussi que le créancier au profit duquel une hypothèque a été consentie par le domanier, conserve, en cas de congément, d'exponse ou de vente sur bannies, son droit de préférence sur les indemnités dues, quoiqu'il ne puisse pas invoquer le droit de suite (2).

Il importe peu d'ailleurs que la résolution, lorsqu'elle n'a pas lieu de plein droit, notamment lorsqu'elle est la conséquence du non paiement du prix, ait été prononcée en justice ou consentie à l'amiable, pourvu, dans ce dernier cas, qu'elle ait eu lieu sans fraude, c'est-à-dire par nécessité et pour éviter un jugement de résolution (3).

1316 I. Les créanciers hypothécaires de l'acheteur échappent aux dangers de cette résolution pour défaut de paiement du prix en stipulant du vendeur la cession d'un droit de priorité sur le privilège et à plus forte raison en obtenant du vendeur la renonciation à leur égard à son droit de résolution (4).

1317. Après avoir ainsi précisé les droits du propriétaire sous condition résolutoire, il nous faut rechercher si l'aliénateur sous cette condition peut consentir une hypothèque (5). La question est générale ; mais elle s'est particulièrement posée dans la pratique pour le vendeur sous réserve de réméré. On s'est demandé si l'hypothèque constituée avant

(1) V. *supra*, II, 1001.

(2) *Supra*, II, 935 I.

(3) Troplong, *Vente*, II, 691 ; Martou, III, 970 ; Coulon, *Quest. de dr.*, III, p. 436 ; Pont, II, 646-647 ; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 267-268, 5e éd. p. 448. — Req., 10 mars 1836, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1743, S., 36. 1. 167. — Bourges, 12 fév. 1853, D., 53. 2. 175, S., 53. 2. 441. — Riom, 11 déc. 1865, D., 66. 2. 179, S., 66. 2. 362. — *Contra* Duranton, XIX, 387 ; Laurent, XXIV, 371 ; Guillouard, II, 948. — Cpr. Req., 17 juillet 1848, S., 48. 1. 470.

(4) Paris, 4 avril 1887, D., 89. 2. 115. — Req., 1er mai 1901, D., 03. 1. 377. — Cpr. Paris, 18 janvier 1893, D., 94. 2. 217 (*Note* de M. Boistel).

(5) Espagne, *L. hyp.*, art. 107-9°, 109.

l'exercice de cette faculté était valable. C'est dans cette hypothèse que nous allons discuter cette difficulté.

La jurisprudence et des auteurs considérables (1) refusent au vendeur sous pacte de réméré le droit d'hypothéquer l'immeuble aliéné, avant l'accomplissement de la condition. Telle est du moins la théorie qui résulte des motifs des arrêts. Mais il importe de constater que, dans les affaires jugées, le réméré était exercé par un cessionnaire du vendeur, non par le vendeur lui-même. Les tribunaux ont été touchés par l'intérêt légitime du cessionnaire, ils n'ont pas voulu le sacrifier. Ainsi s'expliquent peut-être leurs décisions, par des considérations d'équité. Quoiqu'elle n'ait pas directement statué sur le cas où le vendeur a exercé lui-même son droit, la jurisprudence cependant a porté le débat sur le terrain des principes et les motifs qu'elle invoque s'appliqueraient également à cette hypothèse. Elle décide en effet que le vendeur s'est dépouillé de tous ses droits par le contrat, qu'il les a transférés à l'acheteur, qu'il a abdiqué tout *jus in re,* qu'il n'a plus qu'un *jus ad rem* et que ce droit n'est pas susceptible d'hypothèque.

Il nous est difficile d'accepter cette solution ; car, à notre avis, les textes la condamnent. C'est d'abord l'art. 1662, d'après lequel l'acheteur ne devient propriétaire irrévocable que si le réméré n'a pas été exercé dans le délai convenu ; c'est ensuite l'art. 1665 qui permet au vendeur d'exercer le réméré contre un sous-acquéreur, ce qui ne se conçoit pas si son droit est seulement un droit de créance ; c'est enfin l'art. 1673, aux termes duquel tous les droits conférés par l'acquéreur disparaissent par l'exercice du réméré. Toutes ces

(1) Grenier, I, 153 ; Aubry et Rau, § 266, texte et notes 13 et 14, III, 4e éd. p. 265-266, 5e éd. p. 445 ; Cazalens, *Note* dans D., 73. 1. 321 ; Dalmbert, 98, *Note* dans S., 04. 1. 419-VII. — Req., 21 déc. 1825, *J. G.,* v° *Priv. et hyp.,* 1199, S., 26. 1. 275. — Bordeaux, 5 janv. 1833, *J. G.,* v° *Vente,* 1463, S., 33. 2. 188. — Grenoble, 17 fév. 1849, D., 51. 2. 235, S., 49. 2. 544. — Nîmes, 18 déc. 1849, D., 52. 2. 122, S., 50. 2. 164. — Paris, 12 août 1871, D., 73. 2. 133, S., 71. 2. 193. — Cpr. Turin, 16 mars 1811, *J. G.,* v° *Priv. et hyp.,* 2071, S., 11. 2. 423. — Civ. cass., 18 mai 1813, *J. G.,* v° *Vente,* 1463, S., 13. 1. 326. — Req., 4 août 1824, *J. G.,* eod. v°, 1463. — Montpellier, 4 mars 1841, *J. G.,* v° *Priv. et hyp.,* 2214, S., 42. 2. 27 et sur pourvoi, Req., 14 avril 1847, D., 47. 1. 217, S., 47. 1. 341. — Req., 23 août 1871, D., 73. 1. 321, S., 71. 1. 118. — Req., 17 février 1885, D., 85. 1. 255, S., 85. 1. 311.

dispositions impliquent la réalité du droit du vendeur et par suite l'existence à son profit d'un droit de propriété subordonné à la condition suspensive de l'exercice du réméré.

Aubry et Rau ajoutent, à l'appui de la jurisprudence, que le vendeur à réméré ne peut être considéré ni comme propriétaire actuel, ni comme ayant un droit de propriété conditionnelle dans le sens de l'art. **2125**. « Un pareil droit, » disent ces auteurs, suppose un titre d'acquisition dont » l'efficacité est subordonnée à un événement futur et incer- » tain, et ne peut résulter, en faveur du vendeur, de l'acte » même par lequel il transmet son droit de propriété ».

Ce raisonnement a pour résultat de limiter la portée de l'art. **2125** qui est cependant général. Le texte n'exige pas l'existence d'un titre d'acquisition, dont l'efficacité soit subordonnée à une condition. Il parle en termes absolus de ceux qui ont sur l'immeuble un droit suspendu par une condition. Or le vendeur à réméré a conservé un droit sur l'immeuble ; ce droit est un droit réel immobilier et ne peut être qu'un droit de propriété ; il est suspendu par la condition de l'exercice en temps utile du réméré. Nous sommes donc dans les conditions prévues par le texte. L'hypothèque doit être valable, si le réméré est exercé par le vendeur lui-même [1] ou par ses héritiers.

1318. Lorsque l'action en réméré est exercée non par le vendeur mais par un tiers auquel elle a été cédée, quel sera le sort des hypothèques nées du chef du premier *pendente conditione* et avant la cession? La difficulté est des plus

[1] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 3, n. 5; Delvincourt, III, p. 154; Rolland de Villargues, v° *Réméré*, 60 s.; Battur, II, 234; Persil, I, sur l'art. 2118, XI; Valette, p. 202; Duranton, XIX, 278; Troplong, II, 469 et *Vente*, II, 698, 749 s.; Pont, II, 639 et 1286; Duvergier, *Vente*, II, 29; Martou, III, 964; Larombière, *Oblig.*, II, sur l'art. 1181, n. 8 et sur l'art. 1183, n. 16-18; Colmet de Santerre, IX, 92 *bis*-II, 169 *bis*-XXVII; Demolombe, *Contrats*, II, 411; Verdier, I, 73; Labbé, *Revue crit.*, 1856, VIII, p. 220 s., 1872, *Nouv. sér.*, I, p. 497 s. et *Note* dans S., 71. 2. 93; Laurent, XXX, 477; Guillouard, II, 699 et *Vente*, II, 660, 676, 677 et 944; Lepinois, IV, 1501; Huc, X, 183; Baudry-Lacantinerie et Saignat, 639-644; Beudant, I, p. 294, note 1; Planiol, II, 2797; Surville, II, 646. — Douai, 22 juill. 1820, S., 21. 2. 247. — Bordeaux, 13 août 1872, D., 73. 2. 209, S., 72. 2. 277. — Alger, 2 nov. 1885, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 788, S., 86. 2. 132. — Cpr. Rennes, 6 avril 1870, D., 71. 2. 67, S., 70. 2. 245. — Req., 12 mai 1880, D., 81. 1. 19, S., 81. 1. 295.

sérieuses. Il est certain que les hypothèques établies par l'acheteur ou nées de son chef sont anéanties; il est censé n'avoir jamais été propriétaire. D'un autre côté, il est certain que le droit de propriété du cessionnaire ne saurait remonter à une date antérieure à la cession. Il y a donc entre la vente et la cession un espace de temps pendant lequel la propriété a nécessairement et fictivement résidé sur la tête du vendeur. Les hypothèques nées de son chef pendant ce délai sont valables [1].

Mais alors le cessionnaire va se trouver dépossédé d'un bien par l'exercice d'hypothèques qui doivent toute leur valeur aux actions qu'il a intentées et aux sommes par lui déboursées à cet effet. C'est pour prévenir ce résultat que la jurisprudence a refusé au vendeur à réméré la faculté d'hypothéquer l'immeuble aliéné. Quelque souhaitable qu'elle puisse paraître, cette solution ne se concilie pas avec la règle de l'art. 2125. Nous espérons l'avoir démontré. On a, en conséquence, cherché une autre base pour parvenir au résultat moral poursuivi par la jurisprudence. On a proposé de dire : la rétroactivité de la condition accomplie fait remonter dans le passé un droit acquis ou un droit recouvré. Pour qu'elle se produise, il faut donc au préalable que le droit prenne naissance; or, lorsque le vendeur a cédé son droit, celui-ci ne peut plus se fixer sur sa tête et les ayants cause du vendeur ne peuvent pas se prévaloir d'une rétroactivité qui ne peut pas se réaliser en la personne et au profit de leur auteur [2].

Cette théorie soulève une très grave objection : il y a un certain temps, du jour de la vente au jour de la cession, pendant lequel la propriété de l'immeuble n'aura reposé sur aucune tête. On ne peut faire qu'une réponse : c'est que l'on est dans le domaine de la fiction et qu'il ne répugne pas à la raison d'en limiter les effets.

Remarquons enfin que la solution qui valide les hypothèques constituées par le vendeur ou nées de son chef, n'est pas

[1] Labbé, *Rev. crit.*, 1872, *Nouv. sér.*, I, p. 197; Thézard, 135; Gillard, *Constit. de l'hyp. conv.*, 109; Baudry-Lacantinerie et Saignat, 645.

[2] Cpr. Troplong, II, 435; Pont, I, 516; Demolombe, *Contrats*, II, 411 *bis*; Guillouard, II, 699.

aussi injuste qu'elle le paraît au premier abord. Avant de traiter, le cessionnaire peut consulter le registre des hypothèques; il consent en parfaite connaissance de cause; s'il court un danger, c'est par l'effet de sa volonté et il n'y a pas de motif pour imposer la prévoyance de la loi à l'imprévoyance d'une personne libre et maîtresse de ses droits [1].

1319. Le propriétaire dont le droit est sujet à rescision ne peut constituer qu'une hypothèque sujette aux mêmes chances de rescision. Ainsi l'hypothèque consentie par l'acheteur d'un immeuble tombera, si le vendeur fait rescinder la vente pour lésion de plus des sept douzièmes.

De même l'hypothèque, constituée par un cohéritier sur un immeuble mis dans son lot, sera considérée comme non avenue si, le partage ayant été rescindé pour cause de lésion de plus du quart, l'immeuble est mis par un nouveau partage dans le lot d'un autre héritier.

La bonne foi du créancier hypothécaire ne saurait le mettre à l'abri de ce danger [2].

1320. L'hypothèque constituée sur l'immeuble commun par l'un des copropriétaires par indivis est régie par les mêmes principes [3]. Quelle que soit son étendue, qu'elle ait été établie sur la totalité de l'immeuble, sur une portion matériellement déterminée ou sur la part indivise du constituant, elle demeure soumise aux éventualités du partage.

Si l'immeuble est attribué ou adjugé sur licitation à un autre des copropriétaires, l'hypothèque se trouve complètement anéantie en vertu de l'effet rétroactif du partage (art. 883). Elle disparaît entièrement et ne peut être invoquée, d'après la jurisprudence, ni sous la forme du droit de suite, ce qui n'est pas contesté [4], ni sous la forme du droit de préférence.

(1) Valette, p. 203; Labbé. *Rev. crit.*, 1872, *Nouv. sér.*, I, p. 497 s.; Thézard, 135; Gillard, *Const. de l'hyp. convent.*, 109; Guillouard, II, 944.

(2) Req., 13 fév. 1900, S., 00. 1. 449 (*Note* de M. Tissier).

(3) Portugal, *C. civ.*, art. 915. — Valais, *C. civ.*, art. 1178. — Soleure, *C. civ.*, art. 835. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1212. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2021. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3123-3124. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2286. — Chili, *C. civ.*, art. 2417.

(4) Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3324, 3336 et les autorités qui y sont

Cette dernière solution est cependant l'objet d'une très vive controverse. On soutient que l'art. 883 a été édicté dans l'intérêt exclusif des héritiers, pour éviter entre eux des actions récursoires ; on fait remarquer que l'héritier adjudicataire sur licitation est à l'abri de tout danger du moment où le droit de suite ne peut pas être exercé contre lui, que la fiction doit en conséquence faire place à la réalité, que la somme par lui due à ses cohéritiers représente véritablement une valeur immobilière et doit être répartie comme telle entre les créanciers de ceux-ci. On en conclut que si le créancier hypothécaire perd le droit de suite, il conserve son droit de préférence (1).

On répond que chacun des copropriétaires se trouve pendant l'indivision dans la même situation qu'un propriétaire sous condition résolutoire et qu'il faut appliquer l'art. 2125. On ajoute que les autres copropriétaires sont censés n'avoir jamais eu la propriété de l'immeuble attribué ou adjugé à l'un d'eux, que par suite aucune hypothèque n'a pu être par eux valablement constituée et qu'aucune cause de préférence n'a pu naître de leur chef (2).

Nous avons résumé aussi fidèlement que possible les arguments invoqués en faveur des deux opinions contraires ; nous ne pouvons pas entrer dans la discussion, parce que cette question se rattache à la théorie générale des effets du par-

citées ; Thiry, IV, 495. — Cons. sur le principe et l'étendue des droits de chacun des communistes, Pau, 28 fév. 1887, S., 87. 2. 125. — Req., 16 avril 1888, D., 88. 1. 249, S., 88. 1. 216. — Limoges, 25 avril 1888, D., 89. 2. 288. — Civ. cass., 28 fév. 1894, D., 94. 1. 235, S., 96. 1. 209 (*Note* de M. Lyon-Caen).

(1) Proudhon, *Usufr.*, V, 2392 ; Rodière, *Rev. de législ.*, 1852, I, p. 309 ; Duquaire, *Rev. crit.*, 1853, III, p. 806 s. ; Aubry et Rau, § 625, texte et note 24, 4e éd. VI, p. 563 ; Daniel de Folleville, *Rev. gén. du dr., de la législ. et de la jurispr.*, 1877, p. 403, n. 24. — Aix, 28 janv. 1835, *J. G.*, v° *Success.*, 2092, S., 35. 2. 267. — Alger, 4 avril 1877, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 219.

(2) Demolombe, *Succ.*, V, 320 ; Laurent, X, 419 ; Le Sellyer, *Succ.*, III, 1807 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3324 ; Guillouard, II, 951 ; Surville, II, 656. — Paris, 11 janv. 1867, S., 67. 2. 258. — Nimes, 6 nov. 1869, D., 71. 2. 37, S., 71. 2. 157. — Angers, 8 mars 1876 ; Alger, 8 janv. 1877 ; Caen, 18 mai 1877, D., 78. 2. 185-187, S., 77. 2. 169 et 78. 2. 141. — Pau, 28 fév. 1887, S., 87. 2. 145 et sur pourvoi Req., 16 avril 1888, D., 88. 1. 249, S., 88. 1. 216. — Il en est autrement en Belgique, où la survie du droit de préférence au droit de suite a été consacrée par l'art. 2 de la loi du 15 août 1854. V. Lepinois, IV, 1490, 1492.

tage. Le seul moyen de prévenir tout danger, c'est de recourir à la cession anticipée de la créance qui peut éventuellement appartenir au constituant contre l'un ou l'autre des copropriétaires [1].

Dans tous les cas, il nous paraît impossible d'admettre que les inscriptions de ces hypothèques prennent leur efficacité au point de vue du droit de préférence et que leur rang soit conservé sur le prix par l'inscription du privilège du copartageant requise en temps utile [2].

1320 I. Si l'immeuble a été adjugé par licitation à plusieurs des copropriétaires conjointement, c'est une question très controversée que celle de savoir si l'effet déclaratif se produit à l'égard de ceux qui ne se sont pas portés adjudicataires. On soutient que par l'effet de cet acte, ils sont définitivement sortis de l'indivision. L'immeuble étant la propriété exclusive de leurs copropriétaires, ils sont censés, en vertu de la loi, n'avoir jamais eu aucun droit sur ce bien ; les hypothèques qu'ils auraient constituées ou qui seraient nées de leur chef cessent de frapper l'immeuble et sont même censées ne l'avoir jamais atteint [3]. La solution contraire devra être admise si l'on n'applique pas à cet acte l'art. 883.

Nous ne pouvons entrer dans l'examen de cette difficulté délicate.

1321. Si, au contraire, l'immeuble a été attribué ou adjugé au constituant, l'hypothèque subsistera dans les termes où elle a été établie, avec l'étendue que la convention des parties lui a donnée. Elle frappera donc, suivant les cas, la totalité

(1) Civ. cass., 16 mai 1886, D., 86. 1. 281 et le rapport de M. le conseiller Greffier. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3327.

(2) V. cep. en ce sens, Huc, XIII, 155. — Alger, 28 décembre 1896, D., 98. 2. 81.

(3) Bordeaux, 24 décembre 1889, D., 90. 2. 182, S., 91. 2. 110. — Besançon, 23 décembre 1891, D., 92. 2. 289 (*Note* de M. Planiol), S., 92. 2. 258. — Civ. rej., 21 mai 1895, D., 96. 1. 9 (*Note* de M. Planiol), S., 95. 1. 350. — Nancy, 7 juillet 1896, D., 97. 2. 283, S., 97. 2. 123. — Trib. civ. Seine, 20 avril 1905, D., 05. 2. 381. — Cpr. cep. Civ. cass., 23 avril 1884, D., 85. 1. 19, S., 84. 1. 209. — Civ. rej., 19 mai 1886, D., 87. 1. 13, S., 87, 1. 113. — Poitiers, 10 juillet 1889, D., 90. 2. 183, S., 91. 2. 110. — V. sur cette question très controversée Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3313 s. ; *Notes* de M. Wahl dans S., 91. 1. 417, et 96. 1. 481.

ou une partie déterminée ou une part indivise de l'immeuble (1).

1322. Enfin si l'immeuble avait été adjugé sur licitation à un tiers, les hypothèques consenties pendant l'indivision ou nées du chef de l'un des communistes continueraient de grever l'immeuble entre les mains de l'adjudicataire (2) sans qu'il y ait lieu, d'après une jurisprudence dont nous avons déjà indiqué la doctrine à propos de l'hypothèque judiciaire (3), de tenir compte des opérations de liquidation et de partage ainsi que de l'attribution du prix (4), si ces faits sont postérieurs à l'adjudication. En conséquence le créancier hypothécaire de

(1) Pont, II, 640; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 266, 5e éd. p. 446; Laurent, X, 404; Gillard, *Const. de l'hyp. conv.*, 110 s.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3333; Thézard, 52; Lepinois, IV, 1489; Guillouard, II, 955; Planiol, II, 2787. — Civ. cass., 6 décembre 1826, *J. G.*, v° *Success.*, 2087, S., 27. 1. 171. — V. aussi Caen, 18 août 1871, D., 73. 2. 228, S., 72. 2. 273.

(2) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 266, 5e éd. p. 446; Thézard, 52; Gillard, *Const. de l'hyp. conv.*, 115; Guillouard, II, 953. — Aix, 23 janvier 1835, *J. G.*, v° *Success.*, 2092, S., 35. 2. 267. — Grenoble, 27 janvier 1859, D. (sous Cass., note), 88. 1. 385, S., 60. 2. 11. — Civ. rej., 14 décembre 1887, D., 88. 1. 385, S., 89. 1. 193.

(3) *Supra*, II, 1270.

(4) Duranton, VII, 520; Troplong, I, 291; Duvergier, *Vente*, II, 144; Flandin, I, 296; Colmet de Santerre, *Rev. crit.*, 1864, XXIV, p. 490 s.; Laurent, X, 400; Gillard, *Const. de l'hyp. conv.*, 115; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3290 s.; Guillouard, II, 954-955. — Civ. rej., 14 déc. 1887, D., 88. 1. 285, S., 89. 1. 193 (*Note* de M. Labbé). — Civ. cass., 17 fév. 1892, D., 92. 1. 191, S., 94. 1. 417 (*Note* de M. Wahl). Alger, 10 avril 1894, D., 94. 2. 462. — Douai, 26 mars 1896, D., 97. 2. 147. — Req., 19 oct. 1896, D., 97. 1. 44, S., 98. 1. 41. — Caen, 1er mai 1899, D., 00. 2. 49. — Civ. cass., 7 juin 1899, D., 99. 1. 376, S., 99. 1. 467. — Civ. rej., 18 juin 1900, S., 00. 1. 361. — Civ. cass., 21 juin 1904, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1904, 2e sem., 1. 37. — *Contra* Demante, III, 225 *bis*-IV; Demolombe, *Success*, V, 273; Aubry et Rau, § 625, note 25, 4e éd., VI, p. 564; Le Sellyer, *Success.*, III, 1796; Labbé, *Notes* dans S., 75. 1. 419 et 89. 1. 193; Charmont, *Rev. crit.*, 1890, *Nouv. sér.*, XIX, p. 4 s.; de Loynes, *Note* dans D., 00. 2. 49; F. Giraud, *Revue trimestrielle*, 1904, p. 515 et s. — Aix, 23 janv. 1835, *J. G.*, v° *Success.*, 2092, S., 35. 2. 267. — Grenoble, 2 juin et 10 ou 19 août 1863, D., 64. 2. 100, S., 63. 2. 249. — Douai, 5 juill. 1866, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 804, S., 67. 2. 257. — Orléans, 19 mai 1870, S., 71. 2. 160. — Paris, 3 juil. 1872, D., 74. 2. 23. — Alger, 24 déc. 1877, S., 78. 2. 214. — Dijon, 20 mars 1889, D. (sous Cass.), 92. 1. 191, S., 89. 2. 179. — Besançon, 15 nov. 1901, S., 05. 2. 89 (*Note* de M. Wahl). — Dijon, 2 déc. 1903, D., 05. 2. 349, S., 05. 2. 89. — Lyon (sur renvoi de cassation), 29 mars 1905, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1905, 2e sem., 2. 224. — Cpr. Trib. civ. Seine, 26 janv. 1898, *Gaz. des Trib.*, 13 mars 1898. — V. aussi Alger, 28 déc. 1896, D., 98. 2. 81, dont la doctrine nous paraît inacceptable.

l'un des héritiers ne peut exercer son hypothèque que dans la mesure de la part héréditaire de son débiteur et non sur la totalité des sommes qui sont attribuées à celui-ci par le partage.

Un arrêt récent a cependant réservé l'application des art. 829 et 830 et décidé que si l'héritier qui a constitué l'hypothèque se trouve débiteur d'un rapport en moins prenant, l'hypothèque s'exercera seulement sur la part du prix disponible après que le prélèvement a été opéré (1). Nous ne pouvons discuter cette théorie, que nous nous contentons de signaler.

1322 I. Si les copropriétaires s'étaient tous réunis pour hypothéquer ensemble l'immeuble indivis, cette hypothèque continuerait de produire tous ses effets, quels que fussent les résultats du partage et le rang en serait déterminé par la date de son inscription (2).

1323. Ces diverses solutions sont indépendantes de la cause qui a donné naissance à l'indivision ; elles sont la conséquence de l'art. 883, dont la portée est générale. Mais elles supposent qu'il y a indivision. Si l'immeuble était la propriété d'une société constituant une personne civile, il en serait autrement et les hypothèques consenties par l'un des associés sur des immeubles sociaux seraient nulles ou inexistantes comme ayant pour objet la chose d'autrui. Ainsi en est-il certainement des immeubles appartenant à une société de commerce ; ainsi en est-il aussi, d'après la jurisprudence, de ceux qui appartiennent à une société civile (3). L'indivision ne commence qu'à partir de la dissolution de la société. Dès lors les associés peuvent hypothéquer leur part indivise dans les immeubles sociaux et cette hypothèque produira les effets que nous avons déterminés (4). Cependant une réserve est ici nécessaire ; elle se

(1) Paris, 18 mars 1898, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1898. 2e sem., 2. 314.

(2) *Supra*, I, 839. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3342.

(3) Req., 23 fév. 1891, D., 91. 1. 337, S., 92. 1. 73 (*Note* de M. Meynial). — *Contra* Aubry et Rau § 266, III, 4e éd. p. 266, 5e éd. p. 446-447 ; Lepinois, IV, 1487 ; Guillouard, II, 956.

(4) Grenier, I, 243 ; Duranton, IV, 120 ; Demolombe, *Distinct. des biens*, I, 419 ; Massé, IV, 3000 ; Pont, I, 512 ; Aubry et Rau, § 266, texte et note 19, III, 4e éd. p. 266-267, 5e éd. p. 447. — Civ. rej., 8 fév. 1847, D., 48. 1. 149, S., 48. 1. 43.

rattache à cette idée : la société dissoute continue de subsister pour les besoins de sa liquidation. En conséquence, aucune hypothèque ne pourra être exercée sur les immeubles vendus pour les besoins de cette liquidation [1].

1323 I. Ces règles ne s'appliquent pas à l'hypothèque consentie durant l'indivision par un ou plusieurs copropriétaires sur une portion indivise d'un navire. L'art. 17 de la loi du 10 juillet 1885 apporte une exception à l'art. 883 [2].

II. Deuxième condition. *Capacité d'aliéner.*

1324. Pour pouvoir hypothéquer un immeuble, il faut avoir la capacité de l'aliéner. « *Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent* », dit l'art. **2124** [3].

La raison en est que, l'hypothèque étant un démembrement de la propriété ou un droit réel sur un immeuble, la constitution d'hypothèque est une aliénation partielle. Pour la consentir, il ne suffit pas d'être capable de s'obliger, il faut être capable d'aliéner [4]. A ce motif excellent on en ajoute souvent un autre. L'hypothèque, si elle n'est pas une aliénation, en contient tout au moins le germe ; car l'expropriation forcée est son dénoûment fatal, si la dette n'est pas payée à

(1) Req., 29 mai 1865, D., 65. 1. 380, S., 65. 1. 325. — Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 267, 5e éd. p. 447.

(2) *Infra*, III, 2118 et 2120.

(3) Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 73. — Italie, *C. civ.*, art. 1967-1°, 1974. — Monaco, *C. civ.*, art. 1962. — Espagne, *C. civ.*, art. 1857-3° ; *L. hyp.*, art. 139. — Portugal, *C. civ.*, art. 894. — Fribourg, *C. civ.*, art. 653. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1724. — Vaud, *C. civ.*, art. 1587. — Valais, *C. civ.*, art. 1887. — Soleure, *C. civ.*, art. 835-836. — Argovie, L. 29 avril 1877, art. 2, interdit aux femmes, tout en abolissant la tutelle, d'hypothéquer leurs immeubles pour sûreté de la dette d'un tiers, *Ann. de législ. étr.*, VII, p. 619. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1214-1215. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 112. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1769. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 15. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2037. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3267. — Mexico, *C. civ.*, art. 1949, 1964. — Haïti, *C. civ.*, art. 1891. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3118-3119. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2283. — Chili, *C. civ.*, art. 2414.

(4) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 269, 5e éd. p. 450 ; Colmet de Santerre, IX, 91, 92 *bis*-I ; Thézard, 54 ; Guillouard, II, 968 ; Huc, XIII, 206. — Cpr. Beudant, II, 637-638 ; Planiol, II, 2770.

l'échéance : ce qui a fait dire à un de nos anciens que « l'hypothèque a le venin à la queue ».

Nous disons que cette considération n'est pas absolument satisfaisante. Car toute obligation, si elle n'est pas acquittée, conduit ou peut conduire à une expropriation forcée. Et cependant il ne suffit pas, pour conférer hypothèque, d'être capable de s'obliger, il faut être capable d'aliéner. Cette règle se justifie sans peine. Celui qui s'oblige confère bien à son créancier le droit de gage général des art. 2092 et 2093 ; en s'obligeant personnellement il engage son patrimoine. Mais cette affectation générale est vague et indéterminée ; elle ne lui enlève ni la propriété, ni la libre disposition de ses biens ; il conserve après cet acte les droits qu'il avait antérieurement et il peut les exercer avec la même liberté pourvu qu'il ne se rende pas coupable de fraude. Il en est autrement de celui qui constitue une hypothèque (1). Cela suffit amplement pour expliquer et justifier la règle de l'art. 2124.

1325. Tout propriétaire n'est pas capable d'aliéner et par suite notre deuxième condition ne se confond pas avec la première. Les personnes incapables d'aliéner, et par cela même d'hypothéquer, sont les femmes mariées, les mineurs, les interdits et les personnes soumises à un conseil judiciaire.

Rappelons ici que l'héritier bénéficiaire ne peut pas consentir d'hypothèque sur un immeuble héréditaire sans encourir la déchéance du bénéfice d'inventaire, à moins peut-être qu'il ne s'agisse de dettes contractées dans l'intérêt de son administration (2).

1326. La femme mariée (3) est incapable d'aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari ou de la justice ; donc elle ne peut les hypothéquer sans la même autorisation. L'autorisation maritale est régie par les règles du droit commun.

(1) *Supra*, II, 894 et 914.

(2) V. sur cette question controversée Aubry et Rau, § 618, texte et note 30, 4e éd. VI, p. 453; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 1354 et les autorités citées. — Req., 10 déc. 1839, *J. G.*, v° *Succession*, 794, S., 40. 1. 92. — Civ. rej., 12 juin 1865, D., 65. 1. 444, S., 65. 1. 298.

(3) V. pour l'ancien droit, Basnage, *Des hyp.*, ch. III, n. 3.

Si elle résulte du concours du mari à l'affectation hypothécaire, elle sera constatée par un acte devant notaire. Mais elle peut être expresse et donnée par écrit ; le texte de l'art. 217 et les principes nous portent à nous contenter d'un écrit quelconque même sous signature privée et à ne pas exiger un acte notarié [1].

Cette règle s'applique même à la femme séparée de biens (art. 217). Quoique la femme séparée contractuellement ou judiciairement puisse, sans autorisation, s'obliger valablement dans les limites de son droit d'administration et que de semblables obligations soient exécutoires sur tous les biens de la femme, même sur ses immeubles, qu'elle affecte ainsi en s'obligeant, elle ne peut pas les hypothéquer sans autorisation parce que la capacité d'hypothéquer se mesure sur la capacité d'aliéner (art. 2124) et que la femme, même séparée, ne peut pas aliéner ses immeubles sans autorisation (art. 217, 1449, 1538) [2].

C'est une nouvelle preuve que le législateur ne voit pas une aliénation dans l'affectation générale du patrimoine à l'exécution des obligations nées à la charge d'un débiteur.

1327. Cette règle s'appliquait, sous l'empire du code, même à la femme séparée de corps. La condition de la femme séparée de corps et celle de la femme séparée de biens étaient semblables à cet égard. La loi du 6 février 1893 a apporté sur ce point une grave modification. Elle décide par le 3e alinéa du nouvel art. 311 que la séparation de corps a « *pour effet* » *de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile* » *sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son* » *mari ou de justice* ». La femme séparée de corps peut donc aliéner librement ses immeubles ; elle peut également les hypothéquer sans autorisation [3].

Lorsque la séparation de corps cesse par la réconciliation

(1) Demolombe, *Mariage*, II, 194 ; Aubry et Rau, § 472, note 54, 4e éd., V, p. 151 ; Laurent, III, 119 ; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 248 ; Guillouard, II, 977 ; Planiol, I, 953. — Cpr. Labbé, *Note* dans S., 81. 1. 442.

(2) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 269, 5e éd. p. 452 ; Guillouard, II, 975 ; Beudant, II, 638.

(3) Aubry et Rau, § 266, note 19, III, 5e éd. p. 452.

des époux, la femme se trouve dans la même situation que la femme séparée de biens; sa capacité est régie pour l'avenir par l'art. 1449. A partir de ce moment elle perd le droit d'hypothéquer librement ses immeubles, comme celui de les aliéner sans autorisation. Mais ce changement dans sa capacité n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte passé devant notaire avec minute et si certaines formalités de publicité indiquées par le nouvel art. 311 ont été remplies. Si toutes ces conditions ne sont pas réunies, les constitutions d'hypothèque, comme les aliénations, consenties par la femme séparée de corps sans autorisation, seraient parfaitement valables [1].

1328. Ajoutons que la femme mariée sous le régime dotal ne peut pas plus hypothéquer ses immeubles dotaux qu'elle ne peut les aliéner. L'incapacité qui l'atteint dans ce cas est une incapacité particulière, conséquence du régime matrimonial stipulé. La femme ne peut en être relevée par aucune autorisation soit de son mari, soit de justice [2]. La nullité qui infecte cette affectation hypothécaire peut être invoquée par les créanciers auxquels l'immeuble aurait été hypothéqué par un tiers qui en est régulièrement devenu propriétaire en vertu d'un acte d'échange. Ils trouvent dans l'acte constitutif un titre qui légitime leur demande [3].

La séparation de corps ne met pas un terme à cette incapacité particulière, même depuis la loi du 6 février 1893; car cette loi a seulement pour but de permettre à la femme séparée de corps d'accomplir librement les actes qu'elle pouvait consentir antérieurement sous la condition de se pourvoir d'une autorisation de son mari ou de justice. Or l'hypothèque de l'immeuble dotal était un de ces actes que la femme ne pouvait pas accomplir, même avec une autorisation de son mari ou de justice. Il est donc demeuré en dehors des prévisions de la loi nouvelle et continue à être régi par les dispositions du code.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, § 266, note 28 *bis*, III, 5e éd. p. 451; Guillouard, II, 976; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, 1661.

(3) Req., 18 nov. 1896, D., 97. 1. 78.

Nous n'avons pas à rechercher les cas exceptionnels, où la femme mariée sous le régime dotal peut, lorsqu'elle est régulièrement autorisée, hypothéquer ses immeubles dotaux (1).

1329. La femme commerçante peut, sans autorisation, et sauf l'exception relative au cas où elle est mariée sous le régime dotal, soit aliéner ses immeubles, soit les hypothéquer pour les besoins de son commerce (art. 7, al. 1 C. co.). La capacité d'aliéner et celle d'hypothéquer marchent donc ici de pair, et par conséquent nous sommes en présence d'une application de la règle (2).

1330. Les immeubles du mineur ne peuvent être hypothéqués que dans les cas et sous les conditions déterminés par les art. 457 et 458. Lorsque les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées, on admet généralement que l'acte est nul en la forme (art. 1311).

Par conséquent, l'hypothèque consentie par le mineur non émancipé *seul* est nulle en la forme (3).

La même solution s'applique au mineur émancipé ; car il est, quant aux constitutions d'hypothèques, assimilé au mineur non émancipé (art. 484). Bien qu'il puisse valablement s'obliger dans les limites de son droit d'administration (art. 481), il ne peut pas, pour la garantie de ces obligations, hypothéquer ses immeubles ; car la loi, ainsi que nous venons de le dire tout à l'heure au sujet de la femme séparée, mesure la capacité d'hypothéquer sur celle d'aliéner et non sur celle de s'obliger (4).

Nous verrons (5) que cette règle comporte exception pour le mineur habilité à faire le commerce (art. 6, al. 1 C. co.).

(1) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, 1706, 1708, 1711, 1738, 1743.

(2) Aubry et Rau, § 266, note 29 *bis*, III, 5e éd. p. 452. — V. Amiens, 11 fév. 1896, D., 98. 2. 158.

(3) Thézard, 54; Guillouard, II, 969.

(4) Demolombe, *Minor.*, II, 289-290; Pont, II, 613; Aubry et Rau, § 132, texte et note 12, I, 4e éd. p. 550-551, 5e éd. p. 844-845, § 266, III, 4e éd. p. 269, 5e éd. p. 452; Laurent, V, 233 et XXX, 490; Gillard, *Constit. de l'hyp. convent.*, 157; Guillouard, II, 969; Beudant, II, 638; Lepinois, IV, 1467.

(5) *Infra*, II, 1362.

1331. Les interdits ne peuvent pas aliéner leurs immeubles (arg. art. 502) : donc ils ne peuvent pas les hypothéquer.

Cette règle s'applique aux interdits légalement comme aux interdits judiciairement [1].

1332. Les personnes placées sous conseil ne peuvent, sans l'assistance de leur conseil, ni aliéner leurs immeubles, ni les hypothéquer (art. 499 et 513).

On sait que, dans l'opinion générale, l'assistance, en matière extrajudiciaire, n'implique pas nécessairement le concours personnel du conseil à l'acte accompli par l'incapable et qu'on se contente d'un consentement donné dans un écrit où sont relatées toutes les clauses et conditions de la convention [2]. Ce consentement habilite l'incapable; pas plus que l'autorisation nécessaire à la femme mariée, il ne fait partie du contrat hypothécaire; il n'est pas régi par l'art. 2127 et n'a pas besoin d'être constaté par acte notarié [3].

1333. L'hypothèque consentie par une personne incapable d'aliéner, par un mineur non habilité à faire le commerce, un interdit, une femme mariée non autorisée, une personne pourvue d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil, est seulement nulle ou annulable. C'est le droit commun pour les actes passés par un incapable.

En vertu des principes généraux, cette nullité n'est qu'une nullité relative; elle peut être proposée par l'incapable qui a consenti l'hypothèque. Nous serions portés à penser qu'elle peut l'être aussi par les créanciers hypothécaires qui, armés d'un titre légitime et valablement inscrits, puisent dans leur titre même le droit d'attaquer par une action en nullité ou de repousser par une exception de même nature les actes d'aliénation ou d'engagements hypothécaires que des intérêts rivaux prétendraient faire valoir à leur préjudice [4].

1333 I. Pour le même motif cette nullité peut se couvrir

(1) Guillouard, II, 971.

(2) Demolombe, *Minor.*, II, 757; Aubry et Rau, § 139, I, 4e éd. p. 568, 5e éd. p. 870; Baudry-Lacantinerie et Bonnecarrère, 947. — *Contra* Laurent, V, 351.

(3) Laurent, III, 119-120; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 248; Guillouard, II, 977, 978, 994; Aubry et Rau, § 266, III, 5e éd. p. 462; Planiol, I, p. 667, note 1.

(4) Req., 18 nov. 1896, D., 97. 1. 78, S., 00. 1. 30. — V. aussi *infra*, II, 1335-1337.

par une confirmation ou par la prescription [1]. On se demande alors si, par l'effet de la ratification ou de la prescription, la constitution d'hypothèque se trouve rétroactivement validée et si par suite elle est opposable aux créanciers qui auraient obtenu une hypothèque dans l'intervalle, pourvu toutefois que l'inscription de l'hypothèque validée par la confirmation soit antérieure en date.

1334. Il nous paraît difficile de ne pas admettre l'affirmative lorsque l'hypothèque est devenue inattaquable par l'effet de la prescription de dix ans (art. **1304**) [2]. Il est en effet de principe que la prescription produit un effet rétroactif. Par conséquent, l'acte se trouve validé dans le passé, à partir du jour où il est intervenu ; il est censé avoir toujours été valable, n'avoir jamais été infecté de nullité. Cet effet de la prescription accomplie est absolu ; il peut être opposé à tous. Il se produit en matière d'usucapion ; il est également inhérent à la prescription extinctive. C'est pourquoi l'on admet généralement et malgré quelques rares dissidences [3], que l'hypothèque est, alors et par l'effet de l'inscription prise en vertu du titre primitif, opposable aux créanciers hypothécaires dont le droit est né et a été conservé depuis la cessation de l'incapacité et avant l'accomplissement de la prescription [4].

1335. Mais la difficulté devient très sérieuse, lorsque la ratification est expresse ; elle a provoqué des solutions opposées [5]. Un point sur lequel tous sont d'accord, c'est que la ratification rétroagit dans les rapports des parties (art. **1338**). La question ne peut se poser qu'à l'égard des tiers. Il est certain qu'elle rétroagit à l'égard des tiers, en ce sens qu'elle valide l'inscription prise en vertu de l'acte primitif et que le créan-

[1] La cour d'appel de Riom a justement décidé que la constitution d'hypothèque faite par le tuteur sans les formalités légales pouvait être ratifiée de la même manière que la constitution consentie par le mineur seul. — Riom, 27 mai 1884, D., 85. 2. 229. — Aubry et Rau, § 266, note 29 *quater*, III, 5e éd. p. 453.

[2] Uruguay, *C. civ.*, art. 2281. — Chili, *C. civ.*, art. 2412.

[3] Grenier, I, 47; Battur, I, 128.

[4] Persil, I, sur l'art. 2124, XII; Duranton, XIX, 345; Troplong, II, 502; Pont, II, 616; Thézard, 56; Lepinois, IV, 1471.

[5] Uruguay, *C. civ.*, art. 2281. — Chili, *C. civ.*, art. 2412.

cier sera, sans nouvelle inscription, préféré aux créanciers hypothécaires dont l'hypothèque n'aurait été inscrite que depuis la ratification (1), sauf peut-être l'obligation de mentionner l'acte confirmatif en marge de l'inscription (2).

La difficulté ne se présente donc qu'à l'égard des créanciers hypothécaires, dont l'hypothèque valablement constituée aurait été inscrite avant la ratification. Elle semble cependant résolue par l'art. 1338, aux termes duquel la ratification ne peut préjudicier aux droits des tiers. Aussi une première opinion décide-t-elle que le créancier, dont l'hypothèque a été validée par la ratification, ne peut pas l'opposer aux tiers qui ont régulièrement acquis des hypothèques et les ont conservées avant la ratification (3). Dans un second système on distingue suivant que l'obligation dont l'hypothèque formait la garantie était ou non susceptible d'être annulée. Dans le premier cas, on accorde la préférence aux créanciers dont le droit est né valablement avant la ratification. Dans le second cas, il en est autrement (4). Enfin dans un dernier système, on admet d'une manière absolue la rétroactivité de la ratification et on donne la préférence au créancier dont l'hypothèque a été ainsi validée pourvu toutefois qu'elle ait été inscrite la première (5).

(1) Larombière, *Des oblig.*, IV, sur l'art. 1338, n. 56; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 270, 5e éd. p. 453-454; Laurent, XVIII, 667; Guillouard, II, 979. — Civ. rej., 25 nov. 1856, D., 56. 1. 385, S., 57. 1. 119. — Cpr. Req., 3 août 1859, D., 59. 1. 419, S., 59. 1. 801 et 811. — Civ. cass., 13 déc. 1875, D., 76. 1. 97, S., 76. 1. 273.

(2) Pont, II, 981. — V. *supra*, II, 1310 I. — *Contra* Laurent, XXXI, 61; Lepinois, IV, 1473, 1615. — Cpr. Civ. rej., 25 nov. 1856, D., 56. 1. 385, S., 57. 1. 119. — Riom, 27 mai 1884, D., 85. 2. 229.

(3) Persil, I, sur l'art. 2124, XII; Grenier, I, 42; Battur, I, 160; de Fréminville, II, 926; Marcadé, V, sur l'art. 1338, n. 5; Larombière, *Des oblig.*, IV, sur l'art. 1338, n. 53 s.; Martou, III, 979; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 486, § 586, notes 27 et 29; Demolombe, *Des contrats*, VI, 797 s.; Laurent, XVIII, 664 s.; Thézard, 56; Thiry, IV, 498; Guillouard, II, 979; Lepinois, IV, 1472, 1615; Huc, XIII, 209; Planiol, II, 2773. — Nancy, 1er mai 1812, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 1234, S., 13. 2. 50. — Paris, 23 juill. 1838, *J. G.*, *ibid.*, S., 39. 2. 5. — Douai, 18 mars 1840, S., 40. 2. 289. — Montpellier, 6 janv. 1866, D., 66. 2. 41, S., 66. 2. 380.

(4) Delvincourt, II, p. 813; Duranton, XIII, 295, XIX, 344 s.

(5) Merlin, *Quest.*, vo *Hyp.*, § 4, n. 6 et 7; Toullier, VII, 524, VIII, 564; Troplong, II, 487 s.; Taulier, IV, p. 508; Valette sur Proudhon, II, p. 501; Pont, II, 616; Aubry et Rau, § 266, texte et note 31, III, 4e éd. p. 270, 5e éd. p. 453-

1336. De ces diverses opinions la seconde doit être écartée sans hésitation; elle paraît bien être la conséquence d'une théorie que nous avons déjà repoussée. Elle semble en effet mesurer la capacité d'hypothéquer sur la capacité de s'obliger. Nous avons établi que telle n'est pas la doctrine de la loi : pour hypothéquer, il faut être capable d'aliéner. La validité ou la nullité de l'obligation garantie ne peut donc exercer aucune influence sur la solution de notre question et c'est entre les autres systèmes qu'il faut opter.

1337. Après bien des hésitations, nous inclinons avec la grande majorité des auteurs et les arrêts plus haut cités, vers l'opinion qui applique à la lettre l'art. **1338** et décide que la ratification ne peut pas valider l'hypothèque au préjudice des autres créanciers hypothécaires valablement inscrits avant la ratification.

On objecte que l'art. **1338** n'a pas en réalité le sens que nous lui donnons; on prétend que ses expressions ne doivent s'entendre que des droits des tiers, tels qu'ils les avaient acquis. Or, les créanciers nouveaux avaient été avertis, par les inscriptions requises, de l'existence des hypothèques consenties pendant l'incapacité. Ils pouvaient en connaître la nullité, mais ils n'ignoraient pas qu'elles pouvaient être validées par une confirmation. Par conséquent, ils savaient en contractant que leurs hypothèques pouvaient être primées par d'autres, ils n'ont entendu acquérir, par suite, qu'un droit exposé à ce danger et ils ne peuvent pas se plaindre si cette éventualité se réalise. L'art. **1338** est respecté, du moment où il n'est pas porté atteinte aux droits que les tiers ont dû entendre acquérir.

Il nous semble que cette interprétation ne tend à rien moins qu'à effacer de la loi la réserve des droits des tiers, écrite cependant dans l'art. **1338**. Car le raisonnement que nous venons de présenter peut se généraliser, du moment où les actes translatifs de propriété immobilière sont assujettis aussi à la formalité de la transcription. Nous savons bien que

454; Labbé, *Ratif. des actes d'un gér. d'affaires*, 74; Gillard, *Constit. de l'hyp. conv.*, 169; Beudant, II, 642. — Paris, 15 déc. 1830, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1235, S., 31. 2. 83. — V. aussi Colmet de Santerre, V, 311 *bis*-II. D'après cet auteur, ce serait une question de fait et d'intention plutôt que de droit.

Aubry et Rau exigent, pour l'efficacité de la confirmation de l'hypothèque, que le constituant soit encore propriétaire de l'immeuble grevé. Ne pourrait-on pas cependant reproduire ici la même argumentation et soutenir que le tiers acquéreur, averti de l'existence des hypothèques pour ne parler que des hypothèques, a eu l'intention d'acquérir seulement le droit tel qu'il existait entre les mains de son vendeur, c'est-à-dire un bien grevé des hypothèques susceptibles d'être validées par une confirmation? Aubry et Rau prétendent cependant, dans le cas de deux ventes successives consenties l'une pendant l'incapacité, l'autre après sa cessation mais avant toute confirmation de la première, que par la seconde vente l'ex-incapable s'est dépouillé au profit du second acheteur de son action en nullité et s'est ainsi enlevé le pouvoir de ratifier la première vente au préjudice de celui-ci [1]. Ils sont logiquement conduits à appliquer la même théorie au cas d'aliénation consentie valablement d'un immeuble grevé d'une hypothèque nulle pour incapacité. Or nous cherchons en vain le motif de distinguer entre le droit de propriété et le droit réel d'hypothèque et de décider que la confirmation de l'hypothèque, qui ne peut pas nuire à l'acquéreur, produira ses effets à l'encontre des autres créanciers hypothécaires. Le droit du créancier hypothécaire est aussi respectable que le droit de l'acheteur, et la raison nous porte à appliquer dans les deux cas la même solution et à décider que la confirmation ne peut pas plus nuire à l'un qu'à l'autre. Ajoutons cependant qu'on peut faire valoir, en faveur de l'acquéreur, un argument que ne peut invoquer le créancier hypothécaire. Pour confirmer un acte il faut réunir toutes les conditions requises pour la validité de cet acte. Donc, pour confirmer une hypothèque consentie en état d'incapacité, il faut être propriétaire de l'immeuble hypothéqué au temps de la confirmation. Le constituant, qui a aliéné en état de capacité l'immeuble qu'il avait hypothéqué en état d'incapacité, ne peut plus, à partir de l'aliénation, confirmer l'hypothèque. Il a cessé d'être propriétaire. Mais si le nouveau créancier hypothécaire ne

[1] Aubry et Rau, § 437, texte et note 35, IV, 4e éd. p. 270, 5e éd. p. 446-447.

peut pas se prévaloir de cet argument, il n'en a pas moins le droit de se placer sous la protection de l'art. **1338** et de soutenir que la ratification ne saurait porter atteinte à ses droits.

1337 I. Si l'on admet, avec la jurisprudence (1), dans des cas et sous des conditions que nous n'avons pas à déterminer ici, la validité de la clause portant interdiction d'hypothéquer, l'hypothèque consentie par le propriétaire contrairement à cette défense sera frappée de nullité.

Mais il est certain que la clause devra être interprétée restrictivement (2) ; elle est dérogatoire aux principes.

1337 II. La défense d'aliéner imposée par l'auteur d'une libéralité nous paraîtrait emporter pour le gratifié défense d'hypothéquer. Cette solution n'est qu'une application par analogie de la règle écrite dans l'art. **2124** (3).

Si la validité de la constitution hypothécaire est subordonnée au consentement du donateur, cette stipulation ne s'applique qu'aux hypothèques conventionnelles (4) et le consentement du donateur peut être donné même par acte sous seing privé (5).

L'hypothèque serait également frappée de nullité si le donateur ou le testateur avait déclaré les biens insaisissables (6).

1337 III. Les personnes morales sont, au point de vue de l'hypothèque conventionnelle, soumises aux mêmes règles que les personnes physiques. Il faut qu'elles soient propriétaires et capables d'aliéner. Quant aux formalités à observer elles relèvent du droit administratif, auquel nous renvoyons.

1338. Du cas où la nullité de l'hypothèque est la conséquence de l'incapacité du propriétaire, il est naturel de rap-

(1) V. notamment Req., 23 mars 1898, D., 98. 1. 414.

(2) Guillouard, II, 985. — Civ. rej., 24 avril 1894, D., 95. 1. 91.

(3) Aubry et Rau, § 266, III, 5e éd. p. 459; Gillard, *Constit. de l'hyp. convent.*, 200 ; Guillouard, II, 986. — Paris, 11 nov. 1812, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1344, S., 13. 2. 34.

(4) Civ. rej., 24 avril 1894, D., 95. 1. 91, S., 95. 1. 276.

(5) Trib. civ. du Mans, 22 juin 1898 et observations de G. Demante, *Rev. crit.*, 1898, *Nouv. sér.*, XXVII, p. 640.

(6) Req., 23 mars 1898, D., 98. 1. 414.

procher les dispositions dans lesquelles la loi défend à une personne d'hypothéquer ses immeubles au préjudice de ses créanciers. Si la défense de la loi a été violée, l'hypothèque sera frappée de nullité. Mais cette nullité ne trouvera pas sa cause efficiente dans une incapacité dont serait atteint le constituant. Celui-ci, au contraire, est capable ; la constitution d'hypothèque réunit toutes les conditions requises pour sa régularité ; elle est valable et produira ses effets à l'égard de celui qui l'a consentie, à l'égard de ses ayants cause universels ou à titre universel, pourvu qu'ils n'aient pas de droit propre et personnel. C'est dans le bien grevé qu'on a cherché alors l'origine de la nullité qui infecte l'hypothèque. On a dit que le bien était indisponible, que la règle de la loi était une règle d'indisponibilité, dont la violation entraînait la nullité de l'hypothèque. L'observation est juste, mais l'expression doit être entendue avec réserve et le sens du mot précisé. Le bien considéré en lui-même est susceptible d'hypothèques ; il est de ceux qui, aux termes de l'art. 2118, peuvent être affectés à la sûreté des obligations, il n'a pas été placé en dehors du commerce. A ce point de vue comme au point de vue de la capacité du constituant, le droit hypothécaire a valablement pris naissance. Mais cette hypothèque, qui ne renferme en elle-même aucun germe de mort, ne peut pas être opposée à certaines personnes, ne peut produire aucun effet à leur préjudice ; elle peut, sur leur demande, être tenue pour non avenue à leur égard. Le droit d'agir dans ce but appartient exclusivement à ces personnes ; seules, elles ont le droit de demander la nullité de l'hypothèque qui leur préjudicie ; ni le débiteur, ni ses ayants cause universels ou à titre universel ne jouissent de cette faculté. On peut dire que le débiteur ne peut pas alors disposer de son bien en l'hypothéquant au préjudice de ces personnes ; dans cette mesure, dans cette mesure seulement, on peut parler avec raison d'une indisponibilité ; dans cette mesure, la prohibition de la loi peut être considérée comme une règle d'indisponibilité. On rencontrera l'application de ces principes surtout en matière de faillite ; mais ils ont une portée plus générale, car nous touchons spécialement à la théorie de l'action paulienne.

1339. L'insolvabilité d'un débiteur, l'état de déconfiture dans lequel il se trouverait, ne le priverait pas du droit d'hypothéquer ses immeubles au profit de ses créanciers anciens ou nouveaux (1). Capable d'aliéner, il est capable d'hypothéquer (2).

Il est difficile de concevoir ici l'exercice de l'action paulienne. La connaissance qu'aurait le stipulant de l'état d'insolvabilité du constituant ne saurait constituer la fraude, condition essentielle de l'action révocatoire. Le créancier use d'un droit en exigeant des sûretés spéciales pour sa garantie et, alors même qu'il s'agirait d'une dette antérieure, on ne saurait se faire une arme contre lui de sa vigilance. *Vigilantibus jura subveniunt.* En rendant sa condition meilleure, il a agi comme un sage administrateur (3).

Cependant s'il avait été inspiré non par le désir de sauvegarder ses intérêts, mais par le projet formé de concert avec le débiteur de soustraire une partie de l'actif de celui-ci aux poursuites de ses créanciers, nous n'hésiterions pas alors à autoriser l'action paulienne. L'acte serait privé de toute efficacité à l'encontre des créanciers victimes de la fraude (4). C'est à la simulation que les parties auront alors ordinairement recours pour cacher la fraude concertée entre elles. C'est aux magistrats qu'il appartient de la découvrir et de la réprimer en déclarant l'hypothèque non avenue.

(1) Espagne, *C. civ.*, art. 1914. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2023.

(2) Delvincourt, III, p. 584; Persil, II, sur l'art. 2146, XI; Boulay-Paty, *Faillites*, 10; Duranton, XX, 80; Troplong, III, 661; Demolombe, *Cont.*, II, 225; Pont, II, 622; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 270, 5e éd. p. 454; Laurent, XVI, 480; Guillouard, II, 984. — Lyon, 13 juil. 1843, S., 45. 2. 417. — Bordeaux, 17 août 1848, D., 49. 2. 61, S., 49. 2. 46. — Civ. cass., 3 mars 1869, D., 69. 1. 200, S., 69. 1. 149. — Req., 22 août 1882, D., 83. 1. 296, S., 83. 1. 25.

(3) Demolombe, *Cont.*, II, 225; Aubry et Rau, § 313, IV, 4e éd. p. 140, 5e éd. p. 231; Laurent, XVI, 480. — Lyon, 13 juil. 1843, S., 45. 1. 417. — Civ. cass., 3 mars 1869, D., 69. 1. 200, S., 69. 1. 149. — Req., 22 août 1882, D., 83. 1. 296, S., 83. 1. 25. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Barde, I, 669. — Bordeaux, 8 déc. 1899, *Journ. des Arrêts de Bordeaux*, 00. 1. 58.

(4) Proudhon, *Usufr.*, V, 2367; Capmas, *Des actes faits par le débiteur en fraude des droits du créancier*, 64; Larombière, *Des oblig.*, I, sur l'art. 1167, 48; Demolombe, Aubry et Rau, Laurent, cités note précédente. — V. Douai, 4 mai 1846, D., 46. 2. 154, S., 46. 2. 470. — Req., 12 fév. 1849, D., 49. 1. 127, S., 49. 1. 505. — Req., 14 déc. 1858, D., 59. 1. 150, S., 60. 1. 987. — Req., 22 janv. 1868, D., 68. 1. 167.

1340. En est-il de même, lorsque les immeubles du débiteur ont été saisis, et que la saisie a été transcrite ? La difficulté vient de l'art. 686 Pr. civ., aux termes duquel « la partie saisie » ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, » aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité, et sans » qu'il soit besoin de la faire prononcer ». On pourrait être tenté de dire : le saisi ne peut aliéner les immeubles saisis, donc il ne peut pas les hypothéquer (1). Cette opinion, qui, sous l'empire de l'ancien art. 692 Pr. civ., était repoussée par la majorité des auteurs (2), ne saurait être accueillie depuis les modifications introduites par la loi du 2 juin 1841 et le nouvel art. 686 Pr. civ. Elle serait en opposition avec l'esprit et le but de la loi et les intentions certaines de ses auteurs. Si le législateur défend l'aliénation au saisi, si par une disposition exceptionnelle il prononce la nullité de plein droit de toute aliénation, c'est qu'il n'a pas voulu laisser entre les mains d'un débiteur, quelquefois de mauvaise foi, un moyen d'entraver la marche de la procédure et de contraindre le poursuivant à recommencer ses poursuites contre le nouveau propriétaire. Il ne prononce pas contre le saisi une incapacité d'aliéner ; il se borne à déclarer inefficaces à l'égard du saisissant et des créanciers inscrits les aliénations par lui consenties, parce qu'elles pourraient leur préjudicier. C'est plutôt, comme nous le verrons (3), une application des principes de l'action paulienne. Or rien de pareil n'est à redouter, quand il s'agit d'une constitution d'hypothèque. Le créancier hypothécaire aura bien acquis une cause de préférence ; il sera admis à la faire valoir, mais sa présence n'empêchera pas la poursuite de suivre son cours et l'expropriation forcée de se consommer. Il n'y a donc pas même motif de décider et l'art. 686 Pr. civ. doit être interprété de la manière la plus limitative. Il ne parle que d'aliénation ; il ne s'applique qu'aux aliénations et ne saurait être étendu aux constitutions

(1) Belgique, L. 15 août 1854, art. 27.

(2) Favard de Langlade, V, p. 54, n. 1 ; Pigeau, *Proc.*, II, p. 299 ; Troplong, II, 413 *bis* ; Delaporte, *Formul. de proc.*, II, p. 299. — *Contra* Carré, *Lois de la proc. civ.*, quest. 2295.

(3) *Infra*, III, 2011 s., principalement 2014.

d'hypothèques. Le législateur a si bien compris les motifs de cette différence qu'il a repoussé la disposition du projet qui mettait sur la même ligne les constitutions d'hypothèque et les actes d'aliénation. C'est décisif [1].

Les créanciers chirographaires seront seuls à souffrir d'un acte de cette nature. Ils seront privés en partie ou d'une manière complète du bénéfice de la distribution par contribution qu'ils avaient pu espérer. C'est la conséquence du silence de la loi sur la déconfiture, qui aurait pu être organisée sur des bases analogues à celles de la faillite [2].

1341. Il en serait cependant autrement dans l'opinion générale, si le débiteur avait fait cession de ses biens à ses créanciers.

Cette solution ne peut pas être contestée, lorsque la cession de biens implique translation de la propriété. Dans ce cas, le débiteur cesse d'être propriétaire et, par suite, ne peut plus hypothéquer ses immeubles (art. **2124**), pourvu toutefois que la cession ait été transcrite.

Mais on sait qu'en principe la cession de biens, volontaire ou judiciaire, ne transfère pas aux créanciers la propriété des biens abandonnés. Dès lors le débiteur, resté propriétaire, pourrait avoir juridiquement la faculté d'hypothéquer ses immeubles. S'il le fait, il viole certainement la loi du contrat d'abandonnement. Car s'il s'est engagé à laisser vendre ses biens et à en laisser distribuer le prix suivant le droit de chacun au moment de la cession, il a promis de ne rien faire qui pût modifier la situation des intéressés; en conférant

[1] *Sic* les auteurs cités à la note 2 de la p. précédente; Chauveau sur Carré, quest. 2295; Persil fils, *Comment. de la loi du 2 juin 1841*, p. 131; Pont, I, 353, II, 623; Aubry et Rau, § 266, texte et note 37, III, 4e éd. p. 271, 5e éd. p. 458; Boitard et Colmet-Daâge, *Leç. de proc.*, II, 932; Guillouard, II, 650, 981 et III, 1603; Huc, XIII, 207; Beudant, II, 639. — *Contra* Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Saisie immob.*, § 6, art. 1, n. 14; Taulier, VII, p. 228 s.; Glasson, in *Leç. de proc.* de Boitard, *loc. cit*, note; Gillard, *Constit. hyp. conv.*, 174; Glasson, *Tr. th. et prat. de proc. civ.*, p. 278; Surville, II, 647.

[2] La cour de cassation a décidé qu'il en est autrement au cas de transcription de la saisie d'un navire qui est une saisie mobilière et a annulé en conséquence l'hypothèque constituée après la transcription de cette saisie. Civ. rej., 6 nov. 1893, D., 95. 1. 273, S., 94. 1. 225 (*Note* de M. Lyon-Caen). — *Contra* Levillain, *Note* dans D., 95. 1. 273.

une hypothèque, en créant ainsi une cause de préférence, il contrevient aux engagements qu'il a pris et les créanciers pourraient certainement demander la résolution du contrat.

Faut-il aller jusqu'à prononcer la nullité de l'hypothèque constituée au profit de créanciers nouveaux ou de créanciers anciens mais n'ayant pas figuré au contrat d'abandonnement? Aubry et Rau ne le pensent pas (1). Pour hypothéquer valablement un immeuble, il faut en être propriétaire et être capable d'aliéner. Or le débiteur qui a fait cession de biens reste propriétaire, il est capable d'aliéner parce qu'aucun texte ne le frappe d'incapacité, parce que tout ce qui concerne la capacité est d'ordre public et que les parties ne peuvent pas créer par leur convention une incapacité qui ne serait pas écrite dans la loi. En conséquence, il conserve la faculté d'hypothéquer les immeubles abandonnés. Si le législateur avait entendu consacrer la solution contraire, il aurait certainement organisé des mesures de publicité destinées à avertir les tiers.

Cette argumentation est très sérieuse, elle n'a pas cependant été admise par un grand nombre d'auteurs. Ils constatent que la cession de biens opère dépossession civile du débiteur ; que celui-ci est dessaisi de l'administration des biens abandonnés, qu'il se trouve, par la convention, dans une situation identique à celle que crée pour le commerçant l'état de faillite (art. 443 C. co.). Ils en concluent que, comme le failli, le débiteur non commerçant, qui a fait cession de biens, est incapable d'hypothéquer ses immeubles (2). Nous ne pouvons aborder ici cette grave discussion.

Dans tous les cas, il nous paraît certain que les créanciers

(1) Aubry et Rau, § 266, texte et note 38, III, 4e éd. p. 272, 5e éd. p. 458. — *Sic* Laurent, XXX, 495 ; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 200; Guillouard, II, 982 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 1639. — Cpr. Lepinois, IV, 1482. — Cpr. Civ. cass., 30 janv. 1872, D., 74. 1. 99, S., 73. 1. 404. Cet arrêt décide que la cession de biens ne confère aux créanciers bénéficiaires aucun droit privatif ou de préférence à l'encontre des autres créanciers du même débiteur.

(2) Merlin, *Rép.*, vo *Inscrip. hyp.*, § 4, n. 6 ; Persil, II, sur l'art. 2146, X; Grenier, I, 124; Pont, II, 621; Colmet de Santerre, V, 214 *bis*. — Cpr. Demolombe, *Contr.*, V, 205 s., 229 s.

qui ont figuré au contrat d'abandonnement ne peuvent pas se prévaloir, au préjudice des autres parties, des hypothèques qu'ils se seraient fait ultérieurement consentir sur les biens abandonnés. Cette solution s'impose même à ceux qui admettent la validité de l'hypothèque [1]. En concourant à la cession de biens, les créanciers ont pris les uns vis-à-vis des autres l'engagement de ne rien faire de nature à modifier leur situation respective ; ils ne peuvent donc pas se créer une cause de préférence, et, si l'hypothèque est valable, elle ne peut pas être opposée aux autres bénéficiaires de l'acte de cession.

1342. Le commerçant en état de faillite peut-il hypothéquer ses immeubles ?

A partir du jugement déclaratif de faillite, il est dessaisi de l'administration de ses biens. En conséquence, il ne peut pas les aliéner au préjudice de la masse ; il ne peut pas davantage hypothéquer [2] ses immeubles [3]. Ce n'est pas une incapacité qui le frappe ; c'est une indisponibilité édictée par la loi. Le failli conserve en effet la faculté d'accomplir tous les actes de la vie civile ; mais ces actes ne sont pas opposables à la masse des créanciers de la faillite ; la loi ne veut pas qu'ils puissent lui nuire ; elle entend que la liquidation du patrimoine du failli s'opère dans l'état où ses biens se trouvent à cette date et que les droits des créanciers soient arrêtés à la même époque, sans pouvoir dorénavant subir aucun changement. C'est donc dans l'unique intérêt de la masse que les actes par lesquels le failli violerait cette règle sont destitués de toute efficacité à son égard. Le failli n'est pas incapable de les consentir ; il est seulement dans l'impossibilité de porter ainsi atteinte aux droits de la masse. C'est le bien que la loi veut soustraire aux conséquences de ces actes ; sa disposition constitue donc une règle d'indisponibilité [4].

1343. La loi va plus loin ; l'art. 446 C. co. déclare nuls et sans effet relativement à la masse non pas tout privilège et toute

[1] Aubry et Rau, § 266, note 39, III, 4e éd. p. 272, 5e éd. p. 459.
[2] Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2023.
[3] Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 270, 5e éd. p. 454 ; Guillouard, II, 983.
[4] Planiol, II, 2774.

hypothèque constituée dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite comme le décidait l'art. 443 du code de commerce de 1807 (1), mais seulement toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire (2) constituée sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées (3), lorsqu'elle a pris naissance depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé (4).

La nullité prononcée par cet article, dont nous trouvons l'origine dans une déclaration du mois de novembre 1702, n'atteint que les hypothèques affectées à la garantie de dettes antérieurement contractées. Il faut donc comparer la date à laquelle l'obligation a pris naissance et celle à laquelle l'hypothèque a été constituée sans tenir compte de la date de l'inscription, sauf application de l'art. 448 C. co. Si la dette est antérieure à la constitution d'hypothèque, celle-ci est frappée de nullité. Si, au contraire, la garantie accompagne ou même précède la naissance de la dette comme dans l'ouverture de crédit (5), l'hypothèque est valable (6). Il est facile de donner le motif de cette différence. Dans le premier cas, la sûreté qui vient garantir l'obligation antérieure est évidemment une faveur faite au créancier; elle a pour but de lui conférer un droit de préférence; consentie dans la période suspecte, depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, elle

(1) Cpr. Roumanie, *C. civ.*, art. 722.

(2) Cette disposition ne s'applique pas aux hypothèques légales. Bordeaux, 10 mai 1899, D., 00. 2. 468.

(3) Cette expression est générale et comprend même les hypothèques judiciaires destinées à garantir une dette antérieure née d'un délit ou de toute autre cause. — Lyon-Caen et Renault, VII, 373. — Rouen, 16 mars 1878, *J. G. Suppl.*, v° *Faillite*, 638, S., 80. 2. 53. — V. *supra*, II, 1242.

(4) Mexico, *C. civ.*, art. 1969.

(5) Bravard et Demangeat, V, p. 239 et 240; Bédarride, *Faillites*, I, 121; Boistel, 952; Ruben de Couder, IV, v° *Faillites*, 374; Pont, II, 883; Lyon-Caen et Renault, VII, 367; Valabrègue, 353 *ter*, p. 469; Thaller, 1624; Aubry et Rau, § 266, note 33 *sexties*, III, 5e éd. p. 455. — Req., 8 mars 1853, D., 54. 1. 341, S., 55. 1. 214. — Req., 8 mars 1854, D., 54. 1. 149. — Civ. rej., 29 déc. 1880, D., 81. 1. 54. — Req., 11 juil. 1881, D., 82. 1. 296, S., 83. 1. 315. — Req., 18 avril 1887, D., 87. 1. 155, S., 87. 1. 173.

(6) Il en est de même pour le gage, *supra*, I, 25 s. — Civ. rej., 25 nov. 1891, D., 92. 1. 505.

inspire des doutes au législateur ; il craint qu'elle n'ait été frauduleusement combinée pour favoriser le créancier ; il l'annule, il veut, dans le désastre commun, faire à tous une position égale. Au contraire, lorsque la sûreté et la dette sont nées en même temps, la convention forme un tout indivisible ; il serait souverainement injuste de séparer les éléments qui la constituent, d'annuler l'un en laissant subsister l'autre. Les auteurs de la loi de 1838 l'ont parfaitement compris et ont eu raison de réformer sur ce point le code de 1807.

Il résulte de cette règle que, si l'hypothèque avait été constituée pour sûreté d'une dette antérieure et pour sûreté d'une dette nouvelle, elle serait nulle en tant qu'elle garantirait la première et valable en ce qui concerne la seconde. Rien ne s'oppose à ce qu'on divise ainsi la convention [1].

Il paraît juste d'appliquer l'art. 446 C. co. à la promesse d'hypothèque et en conséquence de valider l'hypothèque qui a été ultérieurement constituée même pendant la période suspecte si la promesse a été faite au moment même du prêt [2].

1344. Ces principes nous conduisent à reconnaître la validité de l'hypothèque affectée à la garantie d'une obligation nouvelle, alors même que celle-ci aurait pour cause la novation d'une obligation antérieure. Cette solution ne nous paraît pas contestable en principe. Par l'effet de la novation, l'ancienne obligation est éteinte ; une nouvelle obligation prend naissance et la validité de l'hypothèque établie au même moment est certaine [3].

Cependant il en serait autrement, si la novation avait été frauduleusement concertée entre les parties pour échapper à la nullité de l'art. 446 C. co. Le plus souvent, cette opération

[1] Aubry et Rau, § 266, note 33 *sexties*, III, 5e éd. p. 455. — Poitiers, 20 avril 1885, D., 86. 2. 6, S. (sous Cass.), 87. 1. 173. — Cpr. Thaller, p. 896, note 3.

[2] Lyon-Caen, *Note* dans S., 87. 2. 65 ; Guillouard, II, 1009 ; Thaller, p. 896, note 2. — Cpr. pour le cas où la promesse est constatée par un acte sous seing privé n'ayant pas date certaine. Aubry et Rau, § 266, note 33 *sexties in fine*, III, 5e éd. p. 455. — Paris, 7 juill. 1886, *J. G. Suppl.*, v° *Faillites*, 638, S., 87. 2. 65. — Cpr. en ce sens en matière de nantissement Civ. rej., 20 janv. 1886, D., 86. 1. 406, S., 86. 1. 305 (*Note* de M. Lyon-Caen). — Civ. cass., 16 nov. 1896, D., 97. 1. 47. — V. *supra*, I, 25.

[3] Orléans, 16 juin 1852, D., 54. 2. 222, S., 53. 2. 663.

se présentera sous la forme d'une ouverture de crédit garantie par une hypothèque. Les dettes antérieures formeront l'un des premiers aliments de ce nouveau compte courant et se trouveront novées par le seul fait de leur inscription. Si cette opération a eu pour but réel de procurer au créancier une garantie que la loi défend de lui donner, la nullité de l'hypothèque sera encourue. C'est aux magistrats qu'il appartient de déjouer cette fraude et d'assurer le respect de la loi (1).

1345. Mais si l'art. 446 C. co. n'annule que l'hypothèque consentie pour sûreté d'une dette antérieure, il annule toute hypothèque constituée dans ces conditions; sans doute, au moment où cette disposition a été édictée, le législateur n'a pu avoir en vue que l'hypothèque établie sur les immeubles. C'était la seule reconnue alors par la loi. Mais le texte est général; il embrasse dans ses termes toutes les hypothèques qui sont ou peuvent être autorisées. En conséquence, nous déciderons sans hésitation que la nullité atteint l'hypothèque constituée sur les navires (2). Cette solution est d'autant plus juste que pour donner les navires en garantie on avait recours antérieurement à une sorte de nantissement et que l'art. 446 C. co. annule les nantissements aussi bien que les hypothèques.

1346. La règle que nous venons d'exposer ne s'applique pas aux privilèges, la nullité ne serait jamais encourue. C'est une conséquence des principes. Le privilège est attaché à la qualité de la créance; il naît nécessairement avec elle; il ne peut donc jamais être la garantie de créances antérieures.

(1) V. en sens divers suivant les circonstances mais consacrant le principe de notre théorie, notamment : Nancy, 4 août 1860, D., 60. 2. 196. — Req., 17 mars 1873, D., 74. 1. 571, S., 74. 1. 244. — Req., 7 janv. 1879, D., 79. 1. 186, S., 79. 1. 400. — Civ. rej., 29 déc. 1880, D., 81. 1. 54, S., 81. 1. 162. — Lyon, 7 fév. 1883, D., 83. 2. 236. — Req., 13 août 1883, D., 84. 1. 207, S., 85. 1. 218. — Poitiers, 20 avril 1885, D., 86. 2. 6, S. (sous Cass.), 87. 1. 173. — Paris, 4 juin 1886, D., 87. 2. 100. — Trib. comm. de Marseille, 24 août 1886, *J. G. Suppl.*, v° *Faillites*, 640. — V. Bédarride, *Faillites*, I, 123; Demangeat et Bravard, V, p. 241 et la note; Alauzet, VI, 2515 et 2518; Ruben de Couder, IV, v° *Faillites*, 379; Laroque-Saissinel et Dutruc, *Form. des faill.*, I, 355; Rousseau et Defert, *Code ann. des faill.*, p. 114, n. 135; Nicolas, *Des effets de la faillite relativ. aux priv. et hyp.*, p. 83.

(2) Lyon-Caen et Renault, VII, p. 305, note 3; Aubry et Rau, § 266, note 33 *ter*, III, 5e éd. p. 455.

Cependant il en est autrement pour le gage ; le privilège qui en résulte est établi par la volonté des parties ; il est soumis à la même règle que l'hypothèque conventionnelle (art. 446 C. co.) (1).

1347. Même en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, l'art. 446 C. co. s'applique exclusivement à celles qui seraient consenties par le débiteur. Il est sans influence sur la validité des sûretés établies par des tiers sur leurs propres biens en faveur de créanciers du failli. La loi ne leur interdit pas de s'obliger pour autrui, d'affecter leurs immeubles à la garantie des obligations d'un débiteur en état de cessation de paiements. Il n'y avait pas d'ailleurs de motif pour pousser la rigueur aussi loin. En effet, la nullité de l'art. 446 C. co. est prononcée dans l'intérêt de la masse ; elle a pour but de maintenir l'égalité entre tous les créanciers de cette masse et d'empêcher l'un d'eux de se créer une situation préférable à celle des autres pendant la période suspecte. Or l'acte par lequel un tiers hypothèque un de ses immeubles pour la sûreté de la dette d'un débiteur en état de cessation de paiements et déclaré depuis en faillite ne peut pas nuire à la masse. Il n'y a pas de motif pour l'annuler. Sans doute le créancier pourra obtenir son paiement intégral sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Mais qu'importe à la masse ? Cet immeuble n'appartient pas au failli ; il n'est pas le gage des créanciers de la masse. Ce paiement ne leur cause donc aucun préjudice. Il est vrai que le propriétaire de l'immeuble sera subrogé aux droits du créancier désintéressé et aura un recours contre le failli ; mais il exercera ce recours au même titre et de la même manière que le créancier auquel il est subrogé ; il prendra le dividende qui aurait été attribué à celui-ci. Le passif de la faillite n'est donc pas accru, l'actif n'est pas diminué, la situation de la masse reste après cette convention ce qu'elle était auparavant ; aucune nullité n'est encourue (2).

1348. Enfin, même dans les hypothèses où la nullité n'est

(1) *Supra*, I, 25 s.
(2) Bravard et Demangeat, V, p. 252 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 368.

pas encourue de plein droit, elle peut être prononcée par le juge, lorsque la convention a eu lieu depuis la cessation des paiements et avant le jugement déclaratif, si le tiers qui a traité avec le débiteur avait connaissance de la cessation des paiements. Cette règle édictée par l'art. 447 C. co. s'applique aux constitutions d'hypothèques aussi bien qu'aux autres actes à titre onéreux. Seulement ici la nullité n'est pas nécessairement encourue ; elle est facultative pour le juge, qui tiendra compte des circonstances. Il pourra donc annuler des hypothèques établies pour garantie de dettes nées soit en même temps, soit postérieurement [1].

1349. La loi du 4 mars 1889, relative à la liquidation judiciaire, a donné naissance à une difficulté. On s'est demandé s'il y avait lieu d'appliquer dans ce cas les art. 446 et 447 du C. co. D'après le projet de 1884, il existait, à ce point de vue, une différence capitale entre la liquidation judiciaire et la faillite. Dans la liquidation judiciaire, il n'y avait ni période suspecte, ni nullité d'actes ; les art. 446 et 447 C. co. étaient sans application. La liquidation judiciaire était exclusivement réservée au débiteur de bonne foi ; si, par erreur, le bénéfice en avait été accordé à un commerçant coupable de fraude, ses créanciers ne pouvaient invoquer que les règles du droit commun ; ils n'avaient d'autre ressource que l'exercice de l'action paulienne sous les conditions ordinaires. Ils étaient donc obligés de démontrer la fraude. Cette preuve faite, ils avaient le droit de demander la substitution du régime de la faillite au régime de la liquidation judiciaire ; alors ils pouvaient attaquer les actes accomplis pendant la période suspecte et invoquer les art. 446 et 447 C. co.

Cette règle n'a-t-elle pas été modifiée par l'art. 19 de la loi, aux termes duquel « *le tribunal déclare la faillite si,* » *depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours pré-*

[1] Aubry et Rau, § 266, texte et note 34, III, 4e éd. p. 271, 5e éd. p. 456 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 389 ; Valabrègue, 353 *ter*. — V. des applications de cette théorie notamment dans les arrêts suivants : Req., 8 mars 1854, D., 54. 1. 149, S., 56. 1. 170. — Civ. cass., 24 déc. 1860, D., 61. 1. 71, S., 61. 1. 538. — Req., 17 mai 1887, D., 87. 1. 252, S., 90. 1. 519. — V. aussi Civ. cass., 30 mai 1870, D., 70. 1. 254, S., 70. 1. 340.

» *cédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés* » *dans les art. 446, 447, 448 et 449 C. co., mais dans le cas* » *seulement où la nullité aura été prononcée par les tribu-* » *naux compétents ou reconnue par les parties* »?

Cette disposition n'implique-t-elle pas l'existence d'une période suspecte en matière de liquidation judiciaire comme en matière de faillite? N'emporte-t-elle pas par suite l'application, dans les deux cas, des art. 446 et 447 C. co.? C'est en ce sens que nous inclinerions à nous prononcer. Les modifications apportées au projet de 1884 ont nécessairement cette conséquence, malgré les déclarations contraires du rapporteur qui ne sauraient l'emporter sur les textes et en modifier les effets. En conséquence, le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire produit des effets dans le passé, comme le jugement déclaratif, et doit déterminer l'époque de la cessation des paiements qui fixe la période suspecte; les actes accomplis par le débiteur pendant cette période sont nuls ou peuvent être annulés en vertu des art. 446 et 447 C. co. (1).

Cette solution est surtout incontestable pour ceux qui admettent, avec la jurisprudence (2), que l'état de cessation de paiements produit des effets indépendamment de toute déclaration et autorise notamment l'application des art. 446 et 447 C. co. Mais c'est là une question étrangère à notre sujet (3).

1350. La nullité de l'hypothèque constituée dans les conditions que nous venons de déterminer n'est, en vertu des textes, qu'une nullité relative. Elle n'est prononcée par l'art. 446 C. co. qu'au profit de la masse; dans les hypothèses prévues par l'art. 447, et aussi lorsqu'il s'agit de la nullité des inscriptions réglementée par l'art. 448, elle a le même carac-

(1) Valabrègue, *Notice sur la loi du 4 mars 1889*, p. 12; Goirand et Périer, *Comment. L. du 4 mars 1889*, p. 202 s.; Boistel, *Notes* dans D., 90. 2. 33 et 177; Lyon-Caen et Renault, VII, 308, VIII, 1064; Thaller, 1586; Aubry et Rau, § 266, texte et note 36 *bis*, III, 5e éd. p. 457. — Paris, 12 juillet 1889, D., 90. 2. 177. — Douai, 4 nov. 1889, D., 90. 2. 33, S., 91. 2. 30. — Chambéry, 20 nov. 1900, D., 01. 2. 135. — *Contra* Rousseau et Defert, *Code annoté des faill.*, sur l'art. 5 de la loi du 4 mars 1889; Bailly, *Ann. de dr. comm.*, 1889, p. 49 et s.

(2) V. notamment Civ. cass., 22 fév. 1888, D., 88. 1. 310, S., 90. 1. 535.

(3) Cons. not. sur cette quest. Boistel, 898; Bravard et Demangeat, V, p. 66, note 2; Lyon-Caen et Renault, VII, 187-194; Thaller, 1501-1506.

tère. Par conséquent, elle ne peut être invoquée qu'au nom de la masse, par le syndic qui la représente. Les créanciers, pris isolément, agissant dans un intérêt particulier distinct de celui de la masse, n'ont pas le droit de s'en prévaloir (1). Il ne suffirait même pas qu'ils eussent mis en cause les syndics, si ceux-ci ne comparaissent pas ou s'ils ne concluent pas en justice à la nullité de l'hypothèque. L'action en nullité est une action collective.

Bien différente est, à ce point de vue, l'action paulienne de l'art. 1167 ; elle a en effet un caractère essentiellement individuel ; de là cette conséquence : le droit d'attaquer en vertu du droit commun les actes consentis par un débiteur, même en état de faillite, appartient individuellement à chacun des créanciers. Du moment où ils n'agissent pas en vertu des dispositions particulières de la loi commerciale, leur action ne saurait être écartée par aucune fin de non-recevoir (2).

1351. Revenons aux art. 446 et 447 C. co. Nous venons de constater que leurs dispositions ont été édictées dans l'intérêt de la masse et que les syndics qui la représentent ont seuls qualité pour s'en prévaloir en son nom. Le failli n'en a pas le droit (3) ; nous serions disposés à le lui refuser, même dans le cas de concordat et après cette convention. Il s'élève cependant à ce sujet des difficultés délicates, sur lesquelles nous ne pourrions nous expliquer sans sortir des bornes de ce traité (4). Sous cette réserve, nous dirons donc que le droit

(1) Lyon-Caen et Renault, VII, 317 et 398; Alauzet, VII, 2528; Demangeat sur Bravard, V, p. 215 et 217; Boistel, p. 663; Thaller, 1592, 1629; Aubry et Rau, § 266, III, 5e éd. p. 456. — Req., 17 juillet 1861, D., 62. 1. 118, S., 62. 1. 374. — Lyon, 23 déc. 1862, D., 63. 2. 179. — Grenoble, 1er juin 1865, D., 65. 2. 181, S., 65. 2. 332. — Dijon, 27 déc. 1871, D., 74. 2. 237. — Paris, 29 déc. 1887, D., 90. 1. 194 (note), S., 92. 1. 145 (note).

(2) Orléans, 16 janvier 1861, D., 61. 5. 225. — Req., 13 nov. 1867, D., 68. 1. 212, S., 68. 1. 116. — Lyon-Caen et Renault, VII, 317. — *Contra* Thaller, 1592 et 1655.

(3) Il résulte de là que la radiation de l'inscription ne doit pas être ordonnée par le juge. — Besançon, 2 mai 1884, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 826.

(4) V. Alauzet, VII, 2703; Lainé, *Faill.*, p. 65; Esnault, *Faill.*, I, 116; Bravard et Demangeat, V, p. 213 et la note ; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 271, 5e éd. p. 456; Lyon-Caen et Renault, VII, 632 s. ; Boistel, 1051 et 1052 ; Thaller, 1856. — Paris, 3 décembre 1846, D., 51. 2. 93, S., 58. 1. 707 (note). — Orléans, 16 juin 1852, S., 53. 2. 663. — Civ. cass., 11 nov. 1856, D., 57. 1. 153, S., 57. 1. 858. — Aix,

d'agir en nullité n'appartient pas au failli et qu'il n'a même pas le droit de s'opposer à ce que des créanciers, au profit desquels il est né une hypothèque sur ses biens présents et à venir, la fassent inscrire sur des immeubles à lui donnés depuis la dissolution de l'union et en invoquent l'effet à l'égard des autres créanciers comme à l'égard de lui-même [1].

1352. Supposons maintenant que le syndic agissant au nom de la masse ait demandé et obtenu l'annulation d'une hypothèque constituée contrairement aux prescriptions des art. 446 ou 447 C. co. Quel sera l'effet, quelles seront les conséquences du jugement?

La réponse ne peut soulever aucune difficulté, s'il n'existe pas de créanciers hypothécaires postérieurs en rang à celui dont l'hypothèque a été annulée, ou si les hypothèques consenties à ces créanciers postérieurs ont également été anéanties par décision de justice. L'immeuble se trouve alors libéré de ces charges ; les sommes qui restent libres après paiement des créanciers hypothécaires antérieurs tombent dans l'actif de la faillite et sont, comme les autres valeurs qui en dépendent, réparties entre les créanciers de la masse.

1353. Mais la question devient beaucoup plus épineuse, lorsqu'il existe des créanciers postérieurs dont l'hypothèque n'est pas susceptible d'annulation. Ainsi une hypothèque conventionnelle a été constituée par le failli pendant la période suspecte pour sûreté d'une dette antérieure. Sur la demande du syndic, la nullité en a été prononcée en vertu de l'art. 446 C. co. Mais pendant la même période suspecte, le failli a consenti une hypothèque parfaitement valable, parce qu'elle a été établie au moment même de la naissance de la

7 août 1856, D., 56. 5. 214, S., 56. 2. 561 et sur pourvoi Req., 15 juillet 1857, D., 57. 1. 385, S., 58. 1. 705. — Paris, 23 juillet 1857, D., 57. 2. 207. — Douai, 17 fév. 1859, D., 59. 2. 63, S., 59. 2. 294. — Req., 10 fév. 1863, D., 63. 1. 300, S., 63. 1. 262. — Req., 30 juillet 1866, D., 67. 1. 38, S., 66. 1. 385. — Bourges, 1er avril 1870, D., 72. 2. 30, S., 71. 2. 70. — Aix, 23 août 1871, D., 73. 2. 225. — Req., 18 fév. 1878, D., 78. 1. 291, S., 78. 1. 165. — *Contra* Poitiers, 2 mai 1854, D., 55. 2. 115, S., 58. 1. 705 (note). — Colmar, 10 juillet 1866, *J. G. Suppl.*, v° *Faillites*, 708, S., 67. 2. 1.

[1] Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 271, 5e éd. p. 456; Lyon-Caen et Renault, VIII, 726. — Dijon, 8 fév. 1865, D., 65. 2. 89, S., 65. 2. 31 et sur pourvoi Req., 2 août 1866, D., 67. 1. 37, S., 66. 1. 388. — *Supra*, II, 1243.

créance dont elle est la garantie, et que le créancier ignorait l'état de cessation de paiements du débiteur. Quels seront les droits de ce créancier? A quel rang sera-t-il colloqué?

Trois solutions différentes se présentent à l'esprit. On pourrait admettre, dans une première opinion, que le jugement qui annule l'hypothèque l'anéantit d'une manière absolue à l'égard de tous les créanciers, qu'il ne doit pas en conséquence en être tenu compte dans l'ordre et que les créanciers hypothécaires postérieurs voient ainsi s'améliorer leur situation par la disparition du créancier préférable (1).

Dans une deuxième opinion, le créancier dont l'hypothèque a été annulée est seulement dans l'impossibilité de l'invoquer au regard de la masse; à l'égard de tous autres, il conserve son droit entier; il peut donc l'exercer à l'encontre des créanciers postérieurs, mais sous l'obligation de communiquer à la masse et de verser dans l'actif de la faillite le bénéfice retiré de cet exercice. On a même proposé d'aller plus loin dans cette voie; on a émis l'idée qu'il y avait lieu d'autoriser alors le syndic soit à exercer l'hypothèque annulée au nom de la masse en vertu d'une subrogation ou d'une substitution, soit tout au moins à demander, au nom de celle-ci, une collocation en sous-ordre sur la part du prix attribuée au créancier dont l'hypothèque a été annulée (2).

Enfin dans une dernière opinion, on traite l'action en nullité de l'hypothèque comme une véritable action en dommages-intérêts; la nullité n'a pour but que de protéger les intérêts de la masse des créanciers de la faillite. Si l'exercice de l'hypothèque ne doit causer aucun préjudice à la masse, s'il ne doit diminuer en rien le montant des dividendes attribués à chacun, le créancier devra être colloqué au rang de son hypothèque, malgré le jugement d'annulation; dans le cas contraire, il serait privé du droit de s'en prévaloir dans la mesure où sa collocation nuirait à la masse (3).

(1) Paris, 28 juin 1876, D., 90. 1. 193 à la note, S., 92. 1. 145 à la note. — Civ. rej., 11 déc. 1889, D., 90. 1. 193 et la *Note*, S., 92. 1. 145 (*Note* de M. Lacoste).

(2) Valabrègue, 353 *ter*. — Paris, 29 déc. 1887, D., 90. 1. 194 à la note, S., 92. 1. 145 à la note. — Trib. com. Seine, 24 avril 1888, S., 92. 1. 146 à la note.

(3) Lyon-Caen et Renault, VII, 383. — Trib. civ. Seine, 29 déc. 1885, réformé sur appel par l'arrêt de la cour de Paris du 29 déc. 1887, cité à la note précédente.

Un exemple montrera les conséquences pratiques de ces diverses théories. Une hypothèque a été constituée au profit de *Primus* pour sûreté d'une dette antérieure de 10.000 fr. Une seconde hypothèque a été consentie à *Secundus* sur les mêmes immeubles pour sûreté d'une somme de 15.000 fr. Le débiteur tombe en faillite et la date de la cessation des paiements est fixée à une époque telle que les deux hypothèques ont été établies pendant la période suspecte. L'hypothèque de *Primus* est annulée en vertu de l'art. 446 C. co.; celle de *Secundus* au contraire est maintenue. Les immeubles hypothéqués du failli sont vendus pour le prix de 20.000 fr. Un ordre est ouvert pour la distribution de cette somme. Comment sera-t-il réglé?

Dans le premier système, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'hypothèque de *Primus*, qui a été déclarée nulle. En conséquence, *Secundus* vient au premier rang; il obtient 15.000 fr.; les 5.000 fr. qui restent seront versés dans l'actif de la faillite et répartis entre les ayants droit.

Dans le second système, *Primus* sera colloqué pour 10.000 fr. et il sera obligé de les verser dans la masse, ou bien le syndic se fera attribuer en sous-ordre le bénéfice de la collocation de *Primus*, ou bien enfin le syndic, exerçant dans l'intérêt de la masse l'hypothèque de *Primus*, obtiendra sa collocation pour 10.000 fr. Quant à la situation de *Secundus*, elle sera la même que si l'hypothèque de *Primus* n'avait pas été annulée; il recevra 10.000 fr. et restera créancier chirographaire de 5.000 fr.

Dans le troisième système, il faut rechercher ce que la masse aurait eu si l'hypothèque de *Primus* n'existait pas, lui attribuer cette somme et répartir le surplus entre *Primus* et *Secundus* en calculant sur le prix total sans tenir compte du jugement qui a annulé l'hypothèque de *Primus*, de telle sorte que la situation de *Secundus* ne subisse aucune modification par l'effet d'un jugement qui ne peut pas lui profiter. Voici en conséquence le résultat auquel on est conduit dans notre hypothèse : si l'hypothèque de *Primus* n'existait pas, *Secundus* aurait reçu 15.000 fr. et la masse aurait bénéficié de 5.000 fr. Elle recevra ces 5.000 fr. Quant à *Secundus*, l'hypothèque de

Primus n'est pas annulée à son égard, il recevra donc la même somme que si l'exercice en était possible, soit 10.000 fr. Les 5.000 fr. qui restent seront attribués à *Primus*.

1354. De ces diverses opinions il n'en est pas une qui ne se heurte à de graves objections.

Le système que nous avons exposé en dernier lieu peut séduire par son équité. Il a l'incontestable avantage de proportionner les effets de la nullité au préjudice éprouvé par la masse. Il maintient le créancier hypothécaire, dont l'hypothèque est valable et à l'abri de toute critique, dans la situation qu'il a eu l'intention d'acquérir; il ne le fait pas profiter d'une annulation d'hypothèque prononcée dans l'intérêt exclusif de la masse. A ce point de vue, il peut paraître séduisant et se recommande à l'attention du législateur.

Mais est-il bien conforme aux textes? Nous ne le croyons pas; car, indépendamment de sa complication, il peut être de ce chef l'objet d'une critique très sérieuse. La loi déclare que l'hypothèque consentie pendant la période suspecte pour sûreté d'une dette antérieure est nulle et sans effet à l'égard de la masse. Il semble bien en résulter qu'à partir du jugement qui en prononce la nullité, elle ne peut produire aucun effet; elle ne peut donner lieu à aucune collocation au profit de celui qui l'invoque; elle ne doit pas être prise en considération pour la distribution des deniers dépendant de l'actif de la faillite. Or, dans le système que nous discutons en ce moment, l'hypothèque annulée donnerait naissance à une cause de préférence à l'encontre de la masse. Cette solution n'est-elle pas contraire au texte même de l'art. 446 C. co.? Elle a pour résultat de transformer une nullité édictée par la loi et prononcée par le juge en une simple obligation de réparer le préjudice causé. Nous ne pensons pas que le pouvoir de l'interprète puisse aller aussi loin. C'est pourquoi nous ne saurions approuver cette solution, quelqu'équitable qu'elle paraisse et qu'elle soit en réalité. La nullité édictée par la loi n'est pas simplement éventuelle; elle n'est pas subordonnée à cette condition que l'exercice de l'hypothèque cause un préjudice à la masse. Il y a quelque chose de choquant dans

une théorie qui fait produire effet, peut-être pour le tout, à une hypothèque dont la nullité a été prononcée.

1355. C'est donc entre les deux autres solutions qu'il faut opter. Ici l'opposition des principes apparaît avec évidence. Dans l'une des opinions, la nullité de l'hypothèque profite à la masse ; dans l'autre elle profite aux créanciers hypothécaires postérieurs.

La première a l'avantage incontestable d'attribuer à la masse le bénéfice de l'exercice d'une hypothèque annulée en sa faveur. Il semble juste qu'il en soit ainsi. Peu importe la manière dont on atteint ce résultat. Qu'on décide que le créancier, dont l'hypothèque a été annulée, sera tenu de verser à la masse le montant de sa collocation ; qu'on autorise le syndic à se faire colloquer, au nom de la masse, au rang de l'hypothèque annulée ; qu'on lui permette seulement d'obtenir une collocation en sous-ordre, ce sont des moyens différents d'atteindre un seul et même but. Ce n'est pas encore le lieu d'examiner la valeur de chacun d'eux ; nous ne discutons que le principe de la solution et ses conséquences. Celle-ci répond à la pensée du législateur et sauvegarde tous les intérêts. Elle ne favorise pas les créanciers postérieurs ; elle ne leur nuit pas, n'est-elle pas dans cet équilibre parfait qui est l'idéal de la justice ? Les créanciers postérieurs ne peuvent pas se plaindre, puisque leur situation reste après l'annulation ce qu'elle était auparavant. La nullité dont l'hypothèque est infectée n'a pas été édictée à leur égard ; elle ne doit pas leur profiter.

A ces différents points de vue, cette opinion semble donc satisfaisante. Mais n'est-elle pas en opposition avec les textes ? Nous le croyons et il paraît assez facile de le démontrer, à quelque procédé qu'on ait recours pour atteindre le but. La loi dit que l'hypothèque est nulle, qu'elle est sans effet. Or, on autorise le créancier à exercer lui-même cette hypothèque annulée, sous l'obligation de verser dans la masse le bénéfice de la collocation. Mais alors la masse devient créancière de cette restitution ; sa condition doit être celle de tout créancier. Qu'arrivera-t-il donc si le créancier hypothécaire est lui-même un commerçant et tombe en faillite, ou si le montant

de cette collocation a été frappé de saisie-arrêt par d'autres créanciers de la même personne ? Comment et à quel titre pourra-t-on attribuer d'une manière exclusive cette somme à la faillite ? Quel est le texte de loi, quel est le principe qui crée en sa faveur une cause de préférence ? Nous n'en voyons aucun. Dès lors le créancier, dont l'hypothèque aura été annulée, aura pu exercer son droit et cet exercice nuira à la masse. Cette solution n'est-elle pas condamnée par l'art. 446 C. co. ? La même objection se présente avec la même force contre la proposition d'admettre une collocation en sous-ordre au profit de la masse. Il nous paraît inutile d'insister. Enfin nous considérons comme absolument impossible d'autoriser le syndic à exercer, au nom de la masse, l'hypothèque annulée et à se faire attribuer directement le bénéfice de la collocation que le créancier hypothécaire ne peut prendre. Sans doute ce procédé ne présente pas les inconvénients que nous venons de faire ressortir et qui nous ont déterminés à repousser les combinaisons précédentes. Il n'est pas à craindre que les sommes attribuées au créancier hypothécaire profitent à ses créanciers personnels au détriment de la masse. Mais à quel titre le syndic pourrait-il exercer au nom de celle-ci l'hypothèque annulée ? Il faudrait que cette hypothèque lui eût été transmise. Elle ne l'a pas été par convention; elle ne l'est pas par la loi, qui se borne à en prononcer la nullité, qui ne transfère pas le droit à la masse et ne l'en investit pas; les tribunaux ne peuvent pas non plus la lui attribuer, car leurs pouvoirs sont déterminés par le texte et ils ne peuvent que prononcer la nullité.

En résumé, annuler une hypothèque, c'est enlever au créancier le droit de l'exercer; non seulement il ne peut pas alors en invoquer le bénéfice en son nom personnel; mais nul ne peut s'en prévaloir directement ou indirectement à sa place. Or le système que nous discutons aboutit précisément à ce résultat. Il annule l'hypothèque pour qu'elle ne préjudicie pas à la masse et en même temps il la maintient pour qu'elle lui profite. N'est-ce pas aller à l'encontre du texte qui porte que l'hypothèque est sans effet relativement à la masse ? La logique et la loi veulent au contraire que la masse soit dans la

même condition que si l'hypothèque n'avait jamais été constituée. Elle doit donc subir l'effet des hypothèques postérieures qui, étant valables, s'exercent à son encontre.

1356. C'est précisément la solution que propose la dernière opinion. Les créanciers hypothécaires postérieurs, se trouvant ainsi seuls créanciers hypothécaires, profitent de l'annulation de cette hypothèque, ils montent tous d'un degré et sont colloqués à leur rang.

On pressent immédiatement la grave objection qu'appelle cette théorie. L'art. 446 C. com. décide que l'hypothèque est nulle *relativement à la masse*. C'est à l'égard de la masse seule que la nullité est prononcée. Donc, elle ne doit profiter qu'à la masse. Or les créanciers hypothécaires, en tant qu'ils invoquent leur hypothèque, exercent un droit propre et particulier, en opposition avec les intérêts de la masse. Ils ne font pas partie de cette masse et il paraît contraire à la logique de les faire profiter d'une nullité qui n'a pas été édictée en leur faveur.

L'objection est très sérieuse. On a essayé de la réfuter en invoquant le caractère de l'hypothèque et les principes de la loi en cette matière. On a dit [1] : L'hypothèque est une charge réelle attachée à un fonds. Elle en est « comme un » caractère essentiel et par conséquent comme un caractère » absolu ». L'hypothèque ne saurait donc exister à l'égard des uns sans exister à l'égard des autres. Si elle est anéantie sur la demande de quelques-uns, elle disparaît à l'égard de tous. En d'autres termes, l'hypothèque ne peut rien avoir de contingent, ni de relatif selon les personnes. Tel est aussi le caractère du signe extérieur par lequel elle se révèle. L'inscription en manifeste l'existence à tous ; elle la conserve à l'égard de tous. Si radiation en est faite, l'hypothèque disparaît au profit de tous. Comme droit réel, elle naît avec un caractère absolu ; l'inscription la conserve comme telle ; l'annulation la fait disparaître dans les mêmes conditions et à l'égard de tous. Dans ce cas, l'immeuble libre de toute affectation au profit du créancier hypothécaire antérieur demeure

[1] *Note* sur l'arrêt du 17 déc. 1889 dans D., 90. 1. 193.

grevé des hypothèques postérieures qui, à défaut de droit préférable, s'exercent seules suivant leur rang.

Il nous semble que cette argumentation, quoiqu'elle s'appuie sur le caractère même de l'hypothèque et les principes généraux de la loi, ne tient pas suffisamment compte de la disposition de l'art. 446 C. co. Il est parfaitement exact de dire que l'hypothèque annulée disparaît, en thèse générale, à l'égard de tous. Mais la question est précisément de savoir s'il en est ainsi dans notre hypothèse. Or, à ce point de vue, la loi ne se contente pas de dire que l'hypothèque est nulle ou n'est pas valable, comme lorsqu'elle n'est pas spéciale, ou lorsqu'elle est consentie par un *non dominus* ou par un propriétaire incapable d'hypothéquer. Dans ces cas, l'hypothèque est infectée soit d'un vice absolu, soit d'un vice relatif. La nullité prononcée, le droit réel disparaît complètement; le créancier ne peut plus se prévaloir de la sûreté stipulée. L'art. 446 C. co. est au contraire conçu dans des termes bien différents. Il ne prononce pas purement et simplement la nullité de l'hypothèque, il précise et désigne les personnes à l'égard desquelles cette nullité est encourue. C'est *relativement à la masse* que l'hypothèque est nulle. Il en résulte que la masse représentée par le syndic a seule qualité pour faire prononcer la nullité; il en résulte que le jugement ne produit d'effet que relativement à la masse; ne faut-il pas en conclure que la masse a seule qualité pour se prévaloir de la sentence, qu'elle a seule le droit d'en retirer profit, et que ceux qui ne font pas partie de la masse ne peuvent ni invoquer cette nullité, ni en bénéficier? Ainsi en serait-il des créanciers hypothécaires postérieurs en date.

La question revient donc à se demander si les créanciers hypothécaires postérieurs font partie de la masse et s'ils ont, à ce titre, qualité pour profiter de la nullité prononcée en vertu de l'art. 446 C. co. Or, si l'on consulte les travaux préparatoires de la loi de 1838, si l'on se pénètre du motif de la loi, on acquiert assez vite la conviction que le législateur a voulu établir une antithèse entre le failli et la masse : le failli, qui ne peut pas invoquer la nullité de l'hypothèque; et la masse, au nom de laquelle elle sera poursuivie par le syndic.

Si telle a été la pensée de la loi, le mot masse a ici un sens général et comprend, à l'exception du failli, tous ceux auxquels la constitution d'hypothèque est de nature à causer préjudice et qui profiteront de son annulation. Tel est bien le cas des créanciers hypothécaires postérieurs. Ils font donc, comme les créanciers chirographaires, partie de la masse. Cette argumentation est corroborée par cette observation que la loi se sert des mots *masse chirographaire* lorsqu'elle veut limiter le sens de cette expression générale en elle-même et l'opposer à la masse hypothécaire (art. 552, 554 et 555 C. co.). Nous ajouterons que les créanciers nantis d'un gage spécial sont dans une situation analogue à celle des créanciers hypothécaires. L'art. 546 C. co. décide cependant qu'ils figurent dans la masse, bien qu'ils n'y soient inscrits que pour mémoire ; cela suffit pour justifier l'interprétation que nous donnons de ce mot employé dans l'art. 446 C. co. et la théorie qui y fait rentrer les créanciers hypothécaires. Enfin il nous paraît difficile de ne pas admettre les créanciers de l'art. 2101 à exercer leur privilège sur les sommes qui sont rapportées à la masse, par suite, par exemple, de l'annulation d'un paiement pour dettes non échues. Or l'art. 446 C. co. ne prononce cette nullité que relativement à la masse. Si donc les créanciers privilégiés de l'art. 2101 font partie de la masse malgré la sûreté dont leurs créances sont pourvues, nous ne voyons pas de motifs pour ne pas y comprendre les créanciers hypothécaires [1].

Il arrivera peut-être assez souvent que, faute d'intérêt, le syndic, auquel seul elle appartient, refusera d'exercer l'action en nullité de l'hypothèque. Les créanciers hypothécaires postérieurs ne pourront pas l'intenter en leur nom personnel. L'hypothèque, quoique contraire à l'art. 446 C. co., continuera de produire ses effets. Il est à craindre que la détermination du syndic dépende des offres plus ou moins avantageuses qui lui seront faites par les parties intéressées. Il n'y a pas à se préoccuper de cet inconvénient. Il s'agit d'une nullité édictée dans un intérêt privé ; il n'est pas surprenant que

[1] Thaller, 1629.

l'exercice de l'action soit abandonné à l'appréciation souveraine que les parties font de leur intérêt. En tout cas, ces transactions auront pour résultat d'accroître l'actif de la masse chirographaire et de ramener à cette égalité, qui est un des principes de la loi en matière de faillite (1).

1357. Si l'hypothèque, pour être valable, doit être consentie par le propriétaire capable d'aliéner, rien ne s'oppose à ce qu'il soit représenté par un mandataire. Ce mandat peut être conventionnel ou légal. Si le mandat est conventionnel, il doit être exprès (2), comme le mandat à l'effet d'aliéner (art. 1988) (3). Nous ne nous occupons pas en ce moment de la forme en laquelle il doit être rédigé. Nous reviendrons sur ce point (4). Le mandat légal est soumis à la même règle. Il ne suffit par d'être chargé par la loi de l'administration du patrimoine d'autrui pour avoir la faculté d'hypothéquer. Comme le mandat conçu en termes généraux (art. 1988), ce mandat confère bien le pouvoir d'accomplir tous les actes d'administration; mais la constitution d'hypothèque n'est pas un acte d'administration; c'est un acte pour lequel la loi exige la capacité d'aliéner; il faut donc qu'un texte formel confère à l'administrateur de la fortune d'autrui pouvoir d'hypothéquer.

En conséquence le père administrateur légal ne peut pas hypothéquer les biens de son enfant sans autorisation de justice (5).

De même, le tuteur d'un mineur ou d'un interdit n'a pas, en sa qualité d'administrateur des biens de son pupille, le droit d'hypothéquer les immeubles de celui-ci. Mais, comme l'hypothèque peut être d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident, la loi lui permet de la consentir en déterminant les formalités protectrices à remplir (art. 457 s.).

(1) Thaller, p. 889, note 3.

(2) Aubry et Rau, § 266, III, 5e éd. p. 459. — Paris, 5 juillet 1877, D., 77. 2. 168. — Nancy, 26 mars 1879, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 807. — Civ. cass., 29 juin 1881, D., 82. 1. 106, S., 83. 1. 218. — Cpr. Req., 8 novembre 1869, D., 72. 1. 195, S., 70. 1. 23. — Paris, 5 décembre 1885, D., 87. 2. 55.

(3) Espagne, *L. hyp.*, art. 140. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3270.

(4) *Infra*, II, 1413.

(5) Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, 208.

C'est à ces règles que se refère le texte d'ailleurs assez obscur de l'art. **2126** : « *Les biens des mineurs, des interdits et ceux* » *des absents, tant que la possession n'en est déférée que pro-* » *visoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les cau-* » *ses et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de* » *jugements* » (1).

1358. Le mari, bien qu'il ne soit pas propriétaire exclusif des biens communs, trouve dans sa qualité de chef de la communauté le droit d'hypothéquer les immeubles qui en dépendent. Il jouit à cet égard de pouvoirs très étendus, qui ne lui appartiennent pas sur le patrimoine personnel de sa femme (art. **1421**. Cpr. art. **1428**).

1359. De même, les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ne peuvent pas hypothéquer les immeubles qui dépendent de son patrimoine. Ils ne sont que des administrateurs (art. **125**). Cette solution, résultant des principes, est expressément consacrée par l'art. **128** qui leur interdit d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles de l'absent.

Si cette règle était absolue et sans exception, elle pourrait être désastreuse. L'absent avait contracté des obligations venues à échéance ; il est indispensable de les acquitter pour éviter une expropriation forcée et une vente inopportune. Des réparations urgentes sont nécessaires pour prévenir la ruine des bâtiments. Pour se procurer les fonds dont ils ont besoin, les envoyés en possession provisoire sont contraints de recourir à un emprunt et les prêteurs exigent la garantie d'une hypothèque. La loi les mettra-t-elle dans l'impossibilité de réaliser une opération utile ? On pense généralement que l'art. **2126** a corrigé la rigueur excessive de l'art. **128** et que l'hypothèque pourra être constituée en vertu d'un jugement,

(1) Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 75. — Italie, *C. civ.*, art. 1975. — Monaco, *C. civ.*, art. 1964. — Espagne, *C. civ.*, art. 2157-3° ; *Instruct. du 9 nov. 1874*, art. 30. — Portugal, *C. civ.*, art. 894, § unique. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1726. — Vaud, *C. civ.*, art. 1588. — Valais, *C. civ.*, art. 1888. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1216-1217. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 114. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1771, 401 s., 430, 454. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2039. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3269. — Mexico, *C. civ.*, art. 1949. — Haïti, *C. civ.*, art. 1893. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2283.

qui autorisera les envoyés en possession provisoire à la consentir.

Il est difficile d'admettre, comme on l'a proposé, que le législateur ait eu en vue, dans cet art. 2126, l'hypothèque judiciaire et ait entendu dire seulement que les biens de l'absent seraient, en cas de condamnation, frappés de l'hypothèque de l'art. 2123. Dans la section à laquelle appartient l'art. 2126, la loi traite exclusivement de l'hypothèque conventionnelle ; elle ne s'y occupe pas de l'hypothèque judiciaire, à laquelle d'ailleurs elle a consacré une section spéciale. En outre, on enseigne généralement que la constitution d'une hypothèque peut parfaitement être autorisée par la justice pendant la période de la présomption d'absence ; et il est impossible de découvrir un motif rationnel pour l'interdire pendant la seconde période, alors que l'existence de l'absent est devenue plus incertaine [1].

1360. On connaît le droit attribué par l'art. 124 à l'époux présent, lorsque les époux ont adopté un régime de communauté. Il a la faculté d'opter entre la continuation provisoire et la dissolution de cette communauté. S'il prend le premier parti, il empêche l'envoi en possession provisoire. Voyons rapidement quels sont, dans l'une et l'autre alternative, ses droits en ce qui concerne l'hypothèque.

Si la femme est absente et si le mari présent opte pour la continuation provisoire de la communauté, il a le droit d'hypothéquer librement ses biens personnels et les immeubles communs [2]. Pour les propres de sa femme, au contraire, il n'est qu'un administrateur ; bien qu'il conserve seulement les pouvoirs que lui conférait le contrat de mariage, on admet cependant, à raison de l'analogie, qu'il doit avoir les mêmes droits que les envoyés en possession provisoire. En conséquence, il pourra hypothéquer les immeubles propres de sa

[1] Proudhon et Valette, I, p. 286 : Duranton, I, 484 ; de Moly, *Tr. des absents*, 477-478 ; Demolombe, *Absence*, 111 ; Pont, II, 652 ; Demante, I, 162 *bis*-II ; Martou, III, 980 ; Aubry et Rau, § 153, I, 4e éd. p. 608, 5e éd. p. 925 ; Colmet de Santerre, IX, 93 *bis*-II ; Thézard, 54 ; Gillard, *Constit. de l'hyp. convent.*, 142 ; Laurent, II, 181 ; Huc, I, 436 ; Guillouard, II, 973 ; Lepinois, IV, 1497 ; Beudant, II, 640 ; Planiol, II, 2778.

[2] Aubry et Rau, § 266, note 28 *bis*, III, 5e éd. p. 451.

femme en vertu d'une autorisation de justice (art. 128 et 2126 cbn.) (1).

Si le mari est absent, la femme présente devient administratrice générale par son option pour la continuation provisoire de la communauté. On la soumet aux mêmes règles que les envoyés en possession provisoire. En conséquence, elle ne pourra hypothéquer ni les immeubles communs, ni les immeubles propres de son mari, si ce n'est en vertu d'un jugement (art. 128 et 2126) (2). Pour hypothéquer ses immeubles propres, elle aura également besoin d'une autorisation de justice. Cette dernière solution est une conséquence des principes généraux de la loi sur la condition de la femme mariée et non des règles spéciales de l'absence. L'absence n'est pas une cause de dissolution du mariage ; la femme demeure donc incapable et, à défaut de l'autorisation maritale qu'elle ne peut obtenir, elle est obligée de s'adresser à la justice (art. 217 et 222) (3).

Reste le cas où l'époux présent opte pour la dissolution de la communauté.

Le mari présent peut hypothéquer librement ses propres ainsi que les immeubles de communauté qui lui ont été attribués. Mais il ne jouit pas du même droit sur les immeubles qu'il reçoit en vertu d'une libéralité à lui faite par sa femme et subordonnée à la condition du prédécès de celle-ci ; il se trouve alors dans la même situation que les envoyés en possession provisoire.

La femme présente a toujours besoin, dans le même cas, d'une autorisation de justice soit en vertu des règles de l'absence, soit à raison de l'incapacité dont elle est frappée en qualité de femme mariée (4).

(1) Pont, II, 654 ; Aubry et Rau, § 155, texte et note 6, I, 4e éd. p. 616, 5e éd. p. 935-936 ; § 266, note 28 *bis*, III, 5e éd. p. 451 ; Lepinois, IV, 1497. — Cpr. cep. Huc, XIII, 206.

(2) Aubry et Rau, § 266, note 28 *bis*, III, 5e éd. p. 451. — Cpr. cep. Huc, XIII, 205.

(3) Martou, III, 980 *bis ;* Pont, II, 654 ; Aubry et Rau, § 155, texte et notes 7-8, I, 4e éd. p. 616-617, 5e éd. p. 936 ; Thézard, 54 ; Lepinois, IV, 1497 ; Guillouard, II, 974 ; Beudant, II, 640.

(4) Martou, III, 980 *bis ;* Pont, II, 654 ; Aubry et Rau, § 266, note 28 *bis*, III, 5e éd. p. 451 ; Lepinois, IV, 1497.

1361. Pendant la troisième période de l'absence, les envoyés en possession définitive jouissent des pouvoirs les plus étendus; ils peuvent hypothéquer les immeubles de l'absent de la même manière qu'ils peuvent les aliéner; les hypothèques par eux constituées seront donc opposables à l'absent de retour (art. 132) (1).

1362. Le principe que pour pouvoir hypothéquer il faut être capable d'aliéner comporte exception en ce qui concerne le mineur commerçant. Il peut hypothéquer ses immeubles, ou d'une manière générale ses biens susceptibles d'hypothèques, pour les besoins de son commerce (2), bien qu'il ne puisse pas les aliéner, du moins sans remplir les formalités prescrites par le droit commun (art. 6 C. co.). Le mineur commerçant se trouve ainsi avoir une capacité moins étendue que la femme mariée commerçante, qui peut, sans autorisation, non seulement hypothéquer ses immeubles, mais encore les aliéner pour les besoins de son commerce. Il eût été plus juridique, comme la remarque en a été faite au conseil d'Etat par Bérenger et Berlier (3), d'accorder dans cette mesure pleine capacité au mineur commerçant (4).

III. Troisième condition. *Spécialité de l'hypothèque.*

1363. La législation romaine n'avait pas admis le principe de la spécialité des hypothèques, pas plus que celui de la publicité. Les parties pouvaient donc constituer des hypothèques générales frappant les biens présents et à venir du débiteur (5). La stipulation pouvait revêtir des formules diverses : *fidei et periculo rerum ad me pertinentium,* ou *per rerum exactionem satisfieri tibi promitto,* ou encore *res meas suppono.* On pouvait se demander alors si l'hypothèque était limitée à l'universalité des biens présents, ou si elle s'étendait même aux biens à venir. En principe, on donnait à la constitution hypothécaire la plus large portée. Justinien mit un

(1) Martou, III, 980 *ter;* Pont, II, 653.

(2) Req., 16 mars 1898, D., 98. 1. 279, S., 98. 1. 325.

(3) Locré, XVII, p. 135 s.

(4) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 269, 5e éd. p. 452; Laurent, XXX, 490 *bis;* Lyon-Caen et Renault, I, 228; Gillard, *Constit. hyp. conv.,* 181.

(5) L. 15, § 1, D., *De pignor. et hyp.* (XX, 1); Paul, *Sent.,* V, 6, § 16.

terme à toutes les contestations en décidant expressément que ces formules signifiaient *quæ habeo habiturusque sum* (1). Malgré sa généralité, ce principe comportait quelques exceptions. Certaines choses étaient exceptées en vertu soit d'une présomption de volonté, soit d'une renonciation du créancier (2).

1364. Notre ancienne jurisprudence admit et développa cette règle : « Car comme on a vu », dit Loyseau (3), « que » par une simple parole on pouvait obliger son bien, sans » qu'on en reçût lors de l'obligation aucune incommodité, » pour ce que toujours on en demeurait saisi et jouissant, on » ne s'est pas contenté d'obliger un seul héritage en l'expri- » mant particulièrement ; mais premièrement on a commencé » d'obliger d'un seul mot, tous et chacuns ses biens, comme » cela étant aussi facile au débiteur, et plus commode au » créancier, ce que du commencement on n'entendait sinon » des biens que l'obligé avait lors du contrat ; depuis on s'est » accoutumé d'obliger nommément les biens présents et à » venir, mais encore s'il n'était dit l'obligation générale » n'avait effet que pour les biens présents : mais à la fin Jus- » tinien a étendu l'hypothèque générale aux biens à venir » encore qu'il n'en fût rien exprimé au contrat. *L. ult. C.* » *Quæ res pignori obligari possunt.*

» Et encore en France on a bien passé plus outre, car pour » ce qu'en tous les contrats par un style ordinaire des notai- » res on s'est accoutumé d'insérer la clause d'obligation de » tous les biens, on a enfin tenu pour règle que tous contrats » portaient hypothèque sur tous les biens, comme cette clause » étant sous-entendue si elle avait été omise.

» En quoi à la vérité, il n'y a nul inconvénient pour le » regard du débiteur, car il est bien raisonnable de le faire » bon payeur par tous moyens. Mais l'inconvénient est grand » à l'égard d'un tiers acquéreur de bonne foi... ».

Nous avons tenu à reproduire ce passage dans son entier ; Loyseau y indique les inconvénients que présentait, à son

(1) L. 9, C., *Quæ res pign.* (VIII, 17).

(2) L. 6, D., *De pign. et hyp.* (XX, 1) ; L. 7, 8, 9, 11, C., *De remiss. pign.* (VIII, 26).

(3) *Du déguerpissement*, liv. III, ch. I, n. 14-16.

avis, l'hypothèque générale qui était la forme habituelle des hypothèques. Le danger est grand pour un tiers acquéreur de bonne foi exposé à être évincé par l'exercice d'hypothèques dont il a ignoré l'existence ; mais il n'est pas la conséquence de la généralité des hypothèques ; il a sa cause dans l'absence de toute publicité. Qu'importe à un acquéreur qu'une hypothèque soit générale ou spéciale ? Son intérêt est de connaître les charges qui grèvent l'immeuble acquis. C'est la publicité qui lui est utile ; en elle-même, la spécialité lui est indifférente ; elle ne serait indispensable que si elle était un moyen nécessaire d'assurer la publicité et il n'en est certainement pas ainsi. Les hypothèques générales se prêtent parfaitement à un régime de publicité. Nous présentons ici cette observation, parce qu'elle nous servira dans un instant à interpréter les règles de notre code.

1365. Malgré l'audace des réformes qu'il tenta, le décret du 9 messidor de l'an III n'apporta aucune modification à ces règles. L'hypothèque volontaire peut frapper les biens présents et à venir du débiteur (art. 8), elle résulte même de plein droit des obligations ou titres de créances faits par acte public de la juridiction volontaire ou contentieuse (art. 17 et 19), et elle frappe les biens présents et à venir des obligés et condamnés et ceux de leurs héritiers (art. 19), purs et simples (art. 27 et 28). Mais si le décret du 9 messidor an III conserve l'hypothèque générale de notre ancienne jurisprudence, il tient compte cependant des critiques de Loyseau et remédie à l'inconvénient par lui signalé. Il consacre le principe de la publicité et décide que l'hypothèque n'est *définitivement acquise que par la formalité de l'inscription* (art. 19).

C'est aux auteurs de la loi du 11 brumaire de l'an VII que revient l'honneur d'avoir les premiers complété la réforme et édicté le principe de la spécialité du gage hypothécaire (art. 4).

1366. Ce n'est pas sans difficulté qu'il a trouvé place dans notre code.

Le principe de la généralité de l'hypothèque conventionnelle avait parmi nos législateurs des partisans nombreux et convaincus, et ce n'est qu'à la suite d'une lutte très vive, dont l'issue a été principalement déterminée par l'énergie du

tribunal de cassation, que le principe opposé, celui de la spécialité, a pu pénétrer dans notre code civil [1].

Nos lois y ont gagné ; car la généralité des hypothèques offre de graves inconvénients au triple point de vue du débiteur, de ses créanciers et de la société.

Au point de vue du débiteur, qu'il convient de protéger contre la facilité avec laquelle il hypothéquerait la généralité de ses biens à la sûreté d'une seule dette, ne conservant plus la libre disposition d'aucun ; en limitant ainsi le gage hypothécaire, on laisse au débiteur la disposition des autres biens qui lui appartiennent, il peut librement les aliéner ou les affecter à la sûreté d'autres créanciers. On ménage le crédit du propriétaire ; on sauvegarde ainsi les intérêts de la richesse publique. Comme l'a dit fort justement le tribun Grenier dans son rapport au Tribunat [2], l'hypothèque spéciale « produit un effet que le législateur doit principalement » rechercher, parce qu'il tourne également en faveur de celui » qui emprunte et de celui qui prête. Le premier a le moyen » de n'hypothéquer ses biens que jusqu'à concurrence de la » dette qu'il contracte ».

Au point de vue des créanciers, le principe de la généralité des hypothèques conduit en effet à des ordres d'une complication extrême, entraînant des frais énormes, à cause du concours sur les mêmes biens d'un grand nombre de créanciers. On évite en partie cet inconvénient avec le principe de la spécialité, qui a ordinairement pour résultat d'assigner à chaque créancier un gage distinct et de faire ainsi gagner à cette sûreté en certitude ce qu'elle perd en étendue. Le tribun Grenier ajoute encore [3] : « A l'égard du » second (celui qui prête), l'objet de son hypothèque spéciale » devient ordinairement un gage pour lui seul ; car il est » rare qu'un autre particulier vienne prêter sur la foi de ce » même gage » [4].

[1] V. Observations du Tribunal de cassation, Fenet, II, p. 615 s.

[2] Fenet, XV, p. 484 ; Locré, XVI, p. 388, n. 24.

[3] Fenet, XV, p. 485 ; Locré, XVI, p. 388, n. 24.

[4] Cpr. Planiol, II, 2267. — Certaines législations étrangères exigent même qu'on spécialise la part de la créance au paiement de laquelle chacun des immeubles grevés est affecté. Soleure, *C. civ.*, art. 839.

Enfin, au point de vue de l'intérêt général ; car, avec le principe de la généralité de l'hypothèque, la fortune immobilière est rapidement grevée et frappée d'une sorte d'immobilité.

1367. Les considérations par lesquelles nous avons justifié le principe de la spécialité des hypothèques conventionnelles démontrent qu'il n'est pas nécessaire de lui chercher une autre base dans le principe de la publicité. Si la règle de la spécialité de l'hypothèque prépare la spécialisation de l'inscription, elle n'en est pas la conséquence. L'esprit concevrait très bien un régime hypothécaire analogue à celui de l'édit de 1673, dans lequel l'hypothèque pourrait être générale, tandis que l'inscription devrait être spéciale. Il n'y a donc pas de lien nécessaire entre ces deux idées et il importe de les distinguer (1).

En effet la publicité n'est prescrite que dans l'intérêt des tiers ; seuls ils ont le droit de se prévaloir du défaut d'inscription ou de l'irrégularité de l'inscription prise et de soutenir que, pour ce motif, l'hypothèque est destituée de toute efficacité à leur égard.

Au contraire, la spécialité de la constitution hypothécaire étant exigée pour les motifs ci-dessus, devient une condition de validité de l'hypothèque elle-même et l'inobservation de cette condition en entraînera la nullité. L'art. 2129 consacre bien notre théorie quand il dit : « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle *valable* que celle... ». L'hypothèque qui n'est pas constituée conformément à l'art. 2129, c'est-à-dire qui n'est pas spéciale, n'est donc pas seulement frappée d'inefficacité à l'égard des tiers, elle n'est pas valable, elle est nulle et cette nullité peut être invoquée par toute personne intéressée à ce que l'hypothèque n'existe pas, par les tiers pour écarter un créancier qui leur serait préférable ou qui voudrait exercer le droit de suite à leur encontre (2), par le débiteur lui-même pour faire constater l'affranchissement de son immeuble (3).

1368. Il importerait peu que l'hypothèque, qui n'a pas

(1) V. Colmet de Santerre, IX, 96 *bis*-II.

(2) Req., 11 mars 1834, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1259, S., 34. 1. 345. — Cpr. cep. Req., 19 février 1829, *J. G.*, eod. loc.

(3) Thiry, IV, 514 ; Huc, XIII, 216.

été spécialisée au moment de sa naissance, l'eût été dans l'inscription ultérieurement requise. C'est dans le titre constitutif lui-même ou dans un acte authentique postérieur que la spécialisation doit être opérée. L'art. 2129 est formel à cet égard. L'inscription n'est qu'une formalité conservatoire ; on ne conserve qu'un droit qui existe légalement ; l'hypothèque étant nulle, l'inscription n'a pas pu la conserver ; il faudrait qu'elle lui donnât la vie ; elle n'en a pas la puissance. Si elle a été requise, elle l'a été sans droit. L'hypothèque annulée, l'inscription doit être radiée (1).

Il nous suffit, pour le moment, d'avoir posé les principes ; nous aurons ultérieurement l'occasion d'en déduire d'importantes conséquences. La chambre civile de la cour de cassation les a mis en lumière dans son arrêt du 20 février 1810 (2) avec une telle puissance de démonstration que nous croyons utile d'en citer les termes : « Attendu qu'en regardant ensuite » ce défaut de spécialité comme suffisamment réparé par la » publicité donnée depuis à cette hypothèque, au moyen de » l'inscription prise, et qui aura suffisamment donné à con- » naître à ceux qui ont traité ultérieurement avec Bertail quels » étaient les immeubles précédemment hypothéqués, et quels » étaient, par conséquent, ceux hypothéqués à Courbon, » l'arrêt attaqué a supposé nécessairement qu'à défaut de » spécialité, la publicité suffirait ; que, par cette supposition, » cet arrêt s'est élevé contre le système général du régime » hypothécaire ; qu'en effet, ce système est de faire reposer » l'hypothèque conventionnelle sur une double base, savoir » la *spécialité* et la *publicité*, et de faire concourir simultané- » ment l'une et l'autre, de manière que la spécialité est insuf- » fisante, si elle n'est pas accompagnée de publicité, comme » la publicité est de nul effet, et doit être regardée comme » non avenue, si elle n'est pas elle-même appuyée sur la spé-

(1) Pont, II, 672 ; Martou, III, 998 ; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 280, 5e éd. p. 475 ; Laurent, XXX, 499, 510 ; Guillouard, II, 1028 ; Huc, XIII, 216 ; Lepinois, IV, 1505 ; Planiol, II, 2804.

(2) Civ. cass., 20 fév. 1810, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1292, S., 10. 1. 178. — V. aussi Civ. cass., 23 août 1808, *J. G.*, eod. v°, 1292, S., 8. 1. 489. — Civ. rej., 26 avril 1852, D., 52. 1. 131, S., 52. 1. 513.

» cialité ; — Attendu que, si l'inscription prise effectivement » par Courbon, en vertu de l'obligation sus-datée, peut être » considérée comme régulière et conforme à la loi, il en résul- » terait bien que son hypothèque est devenue *publique* ; mais » il n'en est pas moins certain que cette hypothèque n'est » pas *spéciale*, et manque par conséquent de l'une des deux » grandes bases du régime hypothécaire ; d'où il suit encore » que la considération, subsidiairement prise par l'arrêt » attaqué, de la publicité donnée à cette hypothèque, aurait » illégalement servi de second motif à cet arrêt, pour décla- » rer, comme il l'a fait, valable l'hypothèque dont il s'agit, » déjà nulle irrévocablement par le seul défaut de spécialité » requise par la loi, comme base première et principale de » l'hypothèque ; en sorte que, même sous ce rapport, l'arrêt » a encore violé la loi ».

1369. En établissant le principe de la spécialité, la loi veut donc surtout mettre le débiteur en mesure d'apprécier exactement et de limiter l'étendue de la brèche que la constitution de l'hypothèque ouvre dans son crédit hypothécaire. Pour cela, il faut que le contrat fasse connaître, d'une part, quels sont les immeubles affectés à l'hypothèque, et, d'autre part, quel est le montant de la créance garantie par l'hypothèque. Cette double indication réalise ce qu'on appelle la *spécialité*. La première constitue la spécialité quant au gage hypothécaire, la seconde, la spécialité quant à la créance hypothécaire. Nous allons les étudier successivement.

1. *De la spécialité quant au gage hypothécaire.*

1370. La spécialité quant au gage hypothécaire consiste dans la désignation précise de l'immeuble ou des immeubles grevés de l'hypothèque. L'art. **2129** va nous dire quels sont les éléments dont elle se compose (1) :

(1) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 78. — Italie, *C. civ.*, art. 1977, 1979. — Monaco, *C. civ.*, art. 1967. — Espagne, *L. hyp.*, art. 119 s. — Portugal, *C. civ.*, art. 911. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1715, 1727. — Tessin, *C. civ.*, art. 863. — Vaud, *C. civ.*, art. 1590, L. 28 mai 1824, art. 27-30. — Valais, *C. civ.*, art. 1891-1893. — Berne, *C. civ.*, art. 479. — Lucerne, L. de 1831, art. 5, 7. — Soleure, *C. civ.*, art. 853. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1219-1220. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 115. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1774-1775. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 197, 200. —

« *Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle* » *qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance,* » *soit dans un acte authentique postérieur, déclare spéciale-* » *ment la nature et la situation de chacun des immeubles* » *actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il con-* » *sent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses biens* » *présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque* (1).

» *Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués* ».

La spécialité quant au gage hypothécaire se compose donc d'un double élément : 1° indication de la nature des immeubles hypothéqués ; 2° indication de leur situation.

1° Il faut indiquer la *nature* de tous et de chacun des immeubles hypothéqués, ou, comme le dit l'art. 2148, leur *espèce*. Ces deux expressions signifient qu'il faut désigner d'une manière précise chaque bien hypothéqué, faire connaître ce qui l'individualise et peut permettre de le distinguer des autres immeubles. Ainsi on dira si c'est une propriété bâtie ou non bâtie, et dans ce dernier cas on spécifiera la nature du terrain : terres labourables, bois, prés, vignes... Bien que la loi ne l'exige pas, il est bon de mentionner, d'une manière approximative au moins, la contenance de chaque immeuble hypothéqué, qui se trouve ainsi mieux individualisé.

2° Il faut indiquer dans l'acte constitutif d'hypothèque la situation des biens hypothéqués. Le plus prudent, pour satisfaire pleinement à cette condition, est d'indiquer non seulement la commune dans laquelle les biens sont situés, mais encore leurs tenants et aboutissants (arg. art. 64 Pr. civ.). On les individualise ainsi d'une manière aussi complète que possible (2).

Grèce, L. 11 août 1836, art. 9, 19. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2042-2043. — Illinois, *Act* du 29 mars 1872, art. 11, *Ann. de législ. étr.*, II, p. 75. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3273, 3275-3276. — Mexico, *C. civ.*, art. 1942. — Haïti, *C. civ.*, art. 1896. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3109, 3132-3133. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2288. — Chili, *C. civ.*, art. 2419.

(1) Cpr. Soleure, *C. civ.*, art. 839 qui interdit d'hypothéquer plusieurs immeubles pour la sûreté d'une seule créance. Il faut alors diviser la créance en autant de créances distinctes qu'il y a d'immeubles grevés. Chacune de ces créances n'est garantie que par l'immeuble qui lui est seul affecté.

(2) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 277, 5e éd. p. 471 ; Thézard, 63 ; Colmet de Santerre, IX, 96 *bis*-III. — Cpr. Planiol, II, 2803.

La jurisprudence se montre très facile à cet égard et se contente d'une indication générale portant que les immeubles hypothéqués « sont situés dans l'étendue de tel arrondisse- » ment hypothécaire ou de telle commune » (1).

1371. On a prétendu que là s'arrêtent les exigences de la loi. Il en résulterait que lorsque ces conditions sont remplies, la validité de l'hypothèque ne peut pas être contestée. Les nullités sont de droit étroit et doivent être édictées par un texte. Des arrêts ont conclu (2) qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la nature du droit hypothéqué. Que cette solution soit certaine, lorsqu'il s'agit de la propriété, nous l'admettons sans peine. Le droit de propriété absorbant toute l'utilité de la chose se confond avec elle et constitue même le seul bien corporel reconnu par le code. Hypothéquer un immeuble, c'est donc, d'après le langage de la loi et le langage ordinaire, hypothéquer la propriété de cette chose.

Mais en serait-il de même s'il s'agissait d'un simple droit d'usufruit ou d'emphytéose? Si, dans ce cas, l'hypothèque était constituée sur l'immeuble lui-même et que le constituant fût seulement usufruitier ou emphytéote, serait-elle valablement établie? Aurait-il été satisfait aux prescriptions de l'art. 2129? Aurait-on suffisamment indiqué la *nature* de l'immeuble hypothéqué? Nous serions portés à répondre négativement (3). Le mot immeuble dans l'art. 2129 est employé dans son sens général; il ne désigne pas seulement les immeubles corporels; il comprend tous les immeubles susceptibles d'hypothèques, aussi bien les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent que les immeubles par leur nature (art. 517). Il faut, pour observer la loi, faire connaître la nature de

(1) Req., 12 mars 1867, D., 67. 1. 347, S., 67. 1. 221. — Req., 25 nov. 1868, D., 69. 1. 149, S., 69. 1. 128. — Chambéry, 3 juin 1889, D., 91. 2. 307. — Paris, 11 avril 1892, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1063-3°, S., 94. 2. 131. — Req., 27 nov. 1893, D., 94. 1. 566, S., 94. 1. 349.

(2) Bourges, 1er fév. 1831, *J. G.*, v° *Cont. de mar.*, 1424, S., 31. 2. 253. — Montpellier, 6 janv. 1866, D., 66. 2. 40 et sur pourvoi Req., 12 mars 1867, D., 67. 1. 347, S., 67. 1. 221. — Chambéry, 3 juin 1889, D., 91. 2. 307. — V. aussi Douai, 28 fév. 1882, D., 82. 2. 16. — Cpr. en ce sens Troplong, II, 536 *bis;* Martou, III, 903; Lepinois, IV, 1509.

(3) Aubry et Rau, § 266, note 57 *ter,* III, 5e éd. p. 470-471.

l'immeuble hypothéqué, non seulement son état matériel, mais encore son état, sa nature juridique. Les termes de l'art. 2129 impliquent donc la nécessité d'exprimer si l'hypothèque grève la propriété ou un de ses démembrements. Cette solution conforme au texte est aussi en harmonie avec les motifs qui ont guidé le législateur. Hypothéquer un immeuble, c'est affecter la propriété de cet immeuble à la sûreté d'une créance. Quand l'hypothèque ne frappe que l'usufruit, il est nécessaire de s'en expliquer formellement. Cette condition sera généralement remplie : les notaires ont en effet l'habitude d'indiquer l'origine du droit du constituant et par suite d'en faire connaître la nature.

1372. L'application de ces règles ne présentera aucune difficulté si l'hypothèque n'est établie que sur un seul immeuble ; on décidera sans peine si les indications de l'acte suffisent pour l'individualiser et en font suffisamment connaître la nature et la situation.

Mais la question ne se pose plus dans des termes aussi simples, lorsque l'affectation hypothécaire porte sur un ensemble d'immeubles ; il s'élève alors de très sérieuses controverses. Des distinctions deviennent nécessaires.

1373. Si l'hypothèque est établie sur un domaine ou une ferme, il n'est pas nécessaire d'indiquer séparément chacune des pièces de terre qu'il comprend ; il suffit, dans l'opinion générale, de le désigner par son nom en y joignant l'indication de sa situation. L'hypothèque sera donc valable, si l'on a déclaré hypothéquer tel domaine situé dans telle commune sans ajouter qu'il est composé de bâtiments, terres labourables, prés, bois, vignes, etc. Le domaine forme en effet une espèce d'universalité de fait ; il est suffisamment individualisé par l'indication de sa situation, du nom sous lequel il est connu. L'art. 2183-1° démontre l'exactitude de cette solution, en faveur de laquelle l'art. 64 Pr. civ. fournit en outre un argument d'analogie très puissant [1].

[1] Merlin, *Quest.*, v° *Inscrip. hyp.*, § 12 ; Grenier, I, 71 ; Aubry et Rau, § 266, texte et note 59, III, 4e éd. p. 279, 5e éd. p. 473 ; Guillouard, II, 1025 ; Huc, XIII, 217. — Req., 15 juin 1815, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1290, S., 15. 1. 348. — Riom, 24 fév. 1816, *J. G.*, eod. v°, 1290, S., 17. 2. 205. — Civ. rej., 1er avril 1817, *J. G.*,

Cependant elle nous laisse des doutes ; nous croirions préférable et plus sûr d'indiquer d'une manière générale la nature des diverses parcelles qui en dépendent, de dire par exemple qu'il est composé de bâtiments d'habitation et de servitudes, de terres labourables, prés, bois, vignes, etc. (1).

1374. Quelquefois, au contraire, l'acte constitutif porte d'une manière générale que le débiteur hypothèque tous ses immeubles situés dans telle commune, ou dans l'arrondissement de tel bureau ou même dans tel département. L'hypothèque est-elle valablement constituée ? Sur ce point, la jurisprudence est très divisée. Malgré la tendance générale des cours d'appel à admettre la validité d'une semblable stipulation (2), la cour de cassation, après quelques hésitations, paraît avoir définitivement consacré aujourd'hui l'opinion qui en prononce la nullité (3). Cette dernière solution nous paraît seule conforme à la loi. En admettant, ce qu'on pourrait contester sérieusement, au moins dans le cas où l'hypothèque est établie sur les immeubles situés dans tel département, en admettant, disons-nous, que la situation des immeubles

eod. v°, 1624, S., 17. 1. 348. — Req., 10 fév. 1829, *J. G.*, eod. v°, 1290. — *Contra* Pont, II, 674; Laurent, XXX, 508; Lepinois, IV, 1511.

(1) Besançon, 22 juin 1810, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1290, S., 11. 2. 378. — Agen, 27 nov. 1812, *J. G.*, eod. v°, 1291, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV. 2. 204. — Bordeaux, 17 août 1814, S., 15. 2. 147. — Paris, 6 mars 1815, *J. G.*, eod. v°, 1624, S., 16. 2. 329. — Civ. rej., 24 janv. 1825, *J. G.*, eod. v°, 1624, S., 26. 1. 38.

(2) Req., 28 août 1821, *J. G.*, eod. v°, 1623, S., 21. 1. 420. — Rennes, 2 juin 1824, *J. G.*, eod. v°, 1292. — Riom, 15 avril 1826, *J. G.*, eod. v°, 1292, S., 28. 2. 188. — Grenoble, 27 juil. 1829, *J. G.*, eod. v°, 1292. — Toulouse, 2 août 1833, *J. G.*, eod. v°, 1293. — Pau, 23 août 1834, *J. G.*, v° *Rentes constit.*, 202, S., 35. 2. 120. — Bourges, 23 avril 1841, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1623, S., 42. 2. 585. — Nancy, 30 mai 1843, *J. G.*, eod. v°, 1292, S., 43. 2. 547. — Cpr. Poitiers, 6 avril 1827, sous Req., 19 fév. 1829, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1299. — *Sic* Grenier, I, 71 ; Troplong, II, 536 *bis*.

(3) Civ. cass., 23 août 1808, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1292, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II. 1. 571. — Aix, 30 août 1809, *J. G.*, eod. v°, 1292, S., 10. 2. 82. — Civ. cass., 20 fév. 1810, *J. G.*, eod. v°, 1292, S., 10. 1. 178. — Bordeaux, 17 août 1814, S., 15. 2. 147. — Civ. rej., 16 août 1815, *J. G.*, eod. v°, 1625, S., 15. 1. 368. — Angers, 16 août 1826, *J. G.*, eod. v°, 1622, S., 26. 2. 322. — Req., 19 fév. 1828, *J. G.*, eod. v°, 1292, S., 28. 1. 354. — Montpellier, 7 juin 1849, D., 51. 2. 156 et sur pourvoi Civ. rej., 26 avril 1852, D., 52. 1. 131, S., 53, 1. 513. — Rapp. Req., 12 juill. 1881, D., 83. 1. 30, S., 82. 1. 222. — *Sic* Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 6, n. 6[1] ; Persil, I, sur l'art. 2129, IV ; Duranton, XX, 371 ; Guillouard, II, 1022-1024.

hypothéqués soit indiquée et qu'à ce point de vue les prescriptions de l'art. 2129 aient reçu satisfaction, il nous paraît certain qu'on n'a pas fait connaître la nature des biens grevés. A cet égard, la loi n'a pas été observée, l'hypothèque n'est pas valable. A ce motif qui justifie la jurisprudence de la cour de cassation, on peut ajouter les considérations que nous allons invoquer au sujet de la question suivante.

1375. Il arrive en effet assez fréquemment que la constitution hypothécaire est conçue dans les termes suivants : « A la » sûreté de ladite créance le débiteur hypothèque tous les im- » meubles qu'il possède dans la commune de N..., consistant » en maisons, manufactures, terres labourables, bois, prés, » vignes et autres natures de propriétés ». La jurisprudence, même celle de la cour de cassation, considère une semblable constitution d'hypothèque comme satisfaisant aux exigences de la loi, et par suite comme valable [1]. On a en effet indiqué la nature et la situation des immeubles hypothéqués; les prescriptions de l'art. 2129 sont observées; l'hypothèque est spécialisée dans les conditions mêmes où l'ordonne la loi; elle est valable.

Cette solution serait incontestable si la matière était encore régie par l'art. 4 de la loi du 11 brumaire an VII, et s'il suffisait d'indiquer dans l'acte constitutif *la nature et la situation des immeubles hypothéqués*. Les rédacteurs du code n'ont pas reproduit cette formule générale; la rédaction nouvelle, à moins de prétendre qu'elle n'a aucune signification, marque des intentions différentes. La loi de l'an VII n'excluait pas une désignation collective de la nature et de la situation des biens grevés. L'art. 2129 la proscrit bien par son texte. Il veut que l'on déclare *spécialement* la nature et la situation de *chacun* des immeubles hypothéqués. Pour accentuer encore

[1] Cette solution est enseignée par les auteurs, cités à la note précédente, implicitement admise par les arrêts qui y sont indiqués et expressément consacrée par les arrêts suivants : Paris, 10 juin 1812, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1294, S., 12. 2. 405. — Metz, 21 mai 1813, *J. G.*, eod. v°, 1294. — Req., 12 mars 1867, D., 67. 1. 347, S., 67. 1. 221. — Req., 25 nov. 1868, D., 69. 1. 149, S., 69. 1. 128. — Chambéry, 3 juin 1889, D., 91. 2. 307. — Req., 12 nov. 1890, D., 91. 5. 306, S., 91. 1. 199. — Paris, 11 avril 1892, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1063-3°, S., 94. 2. 131. — Req., 27 nov. 1893, D., 94. 1. 566, S., 94. 1. 349.

sa volonté et ne laisser place à aucun doute, le législateur ajoute : « *Chacun* de tous les biens présents peut être *nominativement* soumis à l'hypothèque ». En validant la stipulation par laquelle le débiteur hypothèque tous ses biens présents, la jurisprudence n'est-elle pas en opposition avec le texte de la loi? Celle-ci permet au débiteur d'hypothéquer *chacun* de tous ses biens présents, la jurisprudence l'autorise à hypothéquer d'une manière générale tous ses biens présents; la loi veut que chacun des biens présents soit *nominativement* soumis à l'hypothèque; la jurisprudence se contente d'une désignation collective. Sa doctrine n'est-elle pas en opposition avec le texte?

Elle est aussi contraire à l'esprit de la loi qu'à son texte. Le principe de la spécialité a été principalement édicté dans un double but : 1° protéger le débiteur contre la facilité avec laquelle il pourrait se laisser entraîner à consentir des hypothèques trop étendues venant sans nécessité diminuer son crédit; 2° prévenir les entraves que de pareilles hypothèques ne manqueraient pas d'apporter à la libre circulation des biens. La théorie de la jurisprudence va directement à l'encontre du but poursuivi par le législateur. En autorisant le débiteur à hypothéquer en bloc tous les immeubles qu'il possède sans exiger l'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des biens grevés, on l'expose sans défense aux demandes du créancier; on ne le met pas dans l'obligation de constater l'exagération de la sûreté réclamée, d'en faire ressortir les dangers et d'en réclamer la limitation. En validant cette stipulation, on multiplie les charges dont les immeubles sont grevés, on compromet la sécurité des transactions et on rend plus difficile, plus incertaine, moins avantageuse la transmission de la propriété.

Enfin la jurisprudence est en opposition avec la tendance qui porte généralement les législateurs à substituer une publicité réelle à la publicité personnelle organisée par nos lois. Il importe assez peu à l'acquéreur de connaître la situation hypothécaire de son vendeur; mais il lui est indispensable de connaître les charges réelles, spécialement les hypothèques, qui grèvent l'immeuble acquis. Or la spécialité de

l'hypothèque prépare la spécialité de l'inscription et permet seule d'entourer la naissance du droit hypothécaire d'une publicité sérieuse. La constitution d'hypothèque ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur lors de la constitution; ceux qui lui adviendront plus tard y échappent. Eh bien! comment une constitution d'hypothèque faite dans les termes généraux que nous avons rapportés, permettra-t-elle aux tiers de distinguer les immeubles qui appartenaient au débiteur lors de la constitution, seuls atteints par l'hypothèque, de ceux qui lui sont advenus depuis?

La tendance de la jurisprudence s'explique cependant par des considérations d'utilité pratique. Depuis 1789, la propriété immobilière s'est morcelée dans une proportion considérable. Le nombre des parcelles s'est accru, quoiqu'il soit moins grand qu'on ne le suppose souvent. Or, pour le petit propriétaire qui possède des parcelles disséminées et souvent d'une faible étendue, l'affectation hypothécaire deviendrait plus difficile, s'il fallait donner dans les actes une énumération détaillée des diverses parcelles grevées. La jurisprudence a pu croire favoriser le crédit en autorisant une affectation collective, en diminuant par ce moyen le nombre des procès en nullité et en responsabilité. Est-ce véritablement un bien? nous serions tentés de ne pas le penser : c'est le petit propriétaire, ignorant trop souvent du droit et de ses règles, qu'il importe surtout de défendre contre les entraînements et de mettre en demeure de discuter l'étendue d'une affectation pour ménager son crédit et lui conserver la libre disposition de ses autres biens. Pour atteindre ce but, la loi veut que l'hypothèque soit spéciale; la jurisprudence et une pratique de plus en plus répandue nous ramènent à l'hypothèque générale de tous les biens présents avec tous les dangers et tous les inconvénients de cette institution [1].

On a, croyons-nous, assez fait en permettant d'hypothéquer un domaine ou une ferme sous le nom qui sert à le désigner,

[1] Pont, II, 674; Aubry et Rau, § 266, texte et note 58, III, 4e éd. p. 278, 5e éd. p. 471-473; Laurent, XXX, 503 s.; Thézard, 63; Gillard, *Constit. hyp. conv.*, 264; Guillouard, II, 1022-1024, III, 1202; Lepinois, IV, 1508; Huc, XIII, 217; Surville, II, 650. — Cpr. Planiol, II, 2803.

sans exiger l'indication particulière de chacune des parcelles qui en dépendent. Comme nous l'avons déjà dit, l'hypothèque frappe alors une universalité de fait et celle-ci est suffisamment individualisée par son nom qu'il est préférable, suivant nous, de faire accompagner de l'indication générale de la nature des divers immeubles qui en font partie.

1376. Si la loi exige, pour la validité de l'hypothèque, qu'on déclare dans l'acte constitutif ou dans un acte authentique postérieur la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués, elle n'impose cependant aucune formule sacramentelle. Elle ne détermine pas la manière dont devront être fournies les indications nécessaires pour opérer la spécialisation de l'hypothèque. C'est aux tribunaux qu'il appartient de constater, d'après les termes de l'acte et les circonstances de la cause, les énonciations qui permettent d'individualiser l'immeuble hypothéqué. Leur décision sur ce point est souveraine et échappe à la censure de la cour de cassation [1]. Ainsi, ils peuvent décider que la situation des biens hypothéqués est indiquée dans l'acte constitutif, bien qu'on n'y ait pas mentionné la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés, ou qu'une erreur se soit glissée dans cette désignation [2].

En cas de doute sur l'étendue d'une constitution hypothécaire, les juges devront résoudre la question en faveur du constituant (arg. art. **1162**) et limiter la sûreté aux immeubles dont l'affectation est certaine [3].

Mais lorsque, cette première question résolue, il s'agit de savoir si les énonciations de l'acte interprété répondent aux

[1] Pont, II, 675; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 280, 5e éd. p. 474; Huc, XIII, 218. — Req., 12 juil. 1881, D., 83. 1. 30, S., 82. 1. 222.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 6, n. 6³; Aubry et Rau, *loc. cit.* — V. sur cette question ou sur la question analogue qui s'agite pour la validité des inscriptions : Aix, 13 nov. 1812, S., 13. 2. 177. — Civ. rej., 26 nov. 1813, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1619, S., 14. 1. 44. — Req., 6 fév. 1821, *J. G.*, eod. v°, 1621, Dev. et Cär., *Coll. nouv.*, VI. 1. 377. — Grenoble, 10 juill. 1823, S., 24. 2. 79. — Nancy, 28 avril 1826, *J. G.*, eod. v°, 1619, S., 27. 2. 230. — Req., 14 juin 1831, *J. G.*, eod. v°, 1627, S., 31. 1. 357. — Lyon, 27 mars 1832, *J. G.*, eod. v°, 1297, S., 33. 2. 282. — Bordeaux, 6 mai 1848, D., 50. 2. 11, S., 49. 2. 609.

[3] Montpellier, 6 janv. 1866, D., 66. 2. 41. — Req., 12 mars 1867, D., 67. 1. 347, S., 67. 1. 221. — Req., 12 juill. 1881, D., 83. 1. 30, S., 82. 1. 222.

exigences de l'art. 2129, les tribunaux résolvent une véritable question de droit ; leur sentence sur ce point est, en conséquence, soumise à la censure de la cour de cassation (1). La distinction est certainement délicate ; elle n'en est pas moins très juridique. La jurisprudence cependant ne l'a pas toujours appliquée. Ainsi nous lisons dans un arrêt de la cour de cassation du 12 mars 1867 (2) : « Attendu, d'ailleurs, que le juge » du fond, appréciant que les indications des biens données » par le titre et par l'inscription étaient suffisantes pour aver- » tir les tiers d'une situation qu'on ne voulait ni ne pouvait » leur dissimuler, a fait des circonstances de la cause *une* » *appréciation souveraine qui ne tombe pas sous la censure* » *de la cour de cassation* ». Au contraire, dans un autre arrêt du 25 novembre 1868 (3), la cour de cassation semble avoir, en l'exerçant, affirmé son droit de contrôle : « Attendu que » l'arrêt, qui a déclaré que cette hypothèque faisait suffisam- » ment connaître la nature et la situation des immeubles » hypothéqués, ne viole pas l'art. 2129 ».

1377. La sanction de la règle de la spécialité consiste, comme nous l'avons déjà dit, dans la nullité de l'hypothèque qui n'a pas été spécialisée conformément à la loi. Notre code n'admet que des hypothèques conventionnelles spéciales : si cette condition n'est pas remplie, l'hypothèque n'est pas valable suivant les termes mêmes de l'art. 2129.

Cette nullité peut incontestablement être invoquée par les tiers qui ont intérêt à faire écarter l'hypothèque, par exemple par des créanciers hypothécaires de date postérieure. Elle peut également l'être par les tiers détenteurs (4).

Peut-elle l'être aussi par le débiteur ou ses héritiers? La jurisprudence, par les motifs de ses arrêts et par un arrêt (5),

(1) Aubry et Rau, § 266, texte et note 60, III, 4e éd. p. 280, 5e éd. p. 474; Guillouard, II, 1026 ; Huc, XIII, 218.

(2) Req., 12 mars 1867, D., 67. 1. 347, S., 67. 1. 221. — V. aussi Civ. rej., 16 août 1815, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1625, S., 18. 1. 145. — Civ. rej., 15 fév. 1836, *J. G.*, eod. v°, 1626, S., 36. 1. 471. — Req., 6 avril 1841, *J. G.*, eod. v°, 1295, S., 41. 1. 634.

(3) Req., 25 nov. 1868, D., 69. 1. 149, S., 69. 1. 128.

(4) Req., 14 mars 1834, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1299, S., 44. 1. 345. — V. cep. Req., 10 fév. 1829, *J. G.*, eod. v°, 1299.

(5) Toulouse, 6 mars 1819, *J. G.*, eod. v°, 1299, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI. 2. 38.

paraît incliner vers la négative. Elle confond, à notre avis, deux idées bien différentes, quoique corrélatives, la spécialité et la publicité. La publicité est ordonnée dans l'intérêt exclusif des tiers ; eux seuls ont qualité pour opposer le défaut de publicité ; ni le débiteur, ni ses héritiers n'en ont le droit ; c'est une formalité que le créancier doit accomplir après la naissance du droit hypothécaire, à laquelle le débiteur demeure étranger. Au contraire, la spécialité de l'hypothèque est une condition requise pour la validité de celle-ci ; elle doit être établie par l'acte constitutif ou par un acte authentique postérieur ; elle est exigée dans l'intérêt du débiteur et du crédit public ; l'intérêt des tiers, s'il a été pris en considération, ce qui est douteux, n'apparaît qu'au second plan. N'est-il pas logique d'appliquer le principe : les nullités sont, en règle générale, absolues, elles peuvent être invoquées par tout intéressé, à moins qu'elles n'aient été édictées dans l'intérêt particulier de certaines personnes? Il ne faut pas non plus oublier que les hypothèques touchent au crédit public et qu'à ce point de vue les règles qui les régissent sont d'ordre public. C'est pourquoi nous reconnaissons au débiteur et à ses héritiers (1) le droit de demander la nullité de l'hypothèque qui n'est pas spéciale (2).

1378. Quand une constitution d'hypothèque a été déclarée nulle pour inobservation des règles relatives à la spécialité, le créancier peut exiger une autre hypothèque ; car la constitution faite par le débiteur, bien qu'elle soit nulle, implique la promesse de constituer une hypothèque valable. Si le débiteur refuse de fournir cette nouvelle hypothèque, il perd le bénéfice du terme (arg. art. 1188) : ce qui permet au créancier d'agir immédiatement contre lui et d'obtenir un jugement de condamnation, d'où résultera une hypothèque générale sur tous ses biens (3).

(1) République Argentine, *C. civ.*, art. 3148.

(2) Grenier, I, 65 ; Troplong, II, 515 ; Martou, III, 999 ; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 280, 5e éd. p. 475 ; Laurent, XXX, 512 ; Guillouard, II, 1027 ; Huc, XIII, 216 ; Surville, II, 650. — Bourges, 17 janv. 1816, *J. G.*, eod. vo, 1300, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V. 2. 95.

(3) Persil, I, sur l'art. 2129, I ; Laurent, XXX, 513 ; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 269 ; Aubry et Rau, § 266, note 65 *bis*, III, 5e éd. p. 475 ; Guillouard, II, 1029. —

Contre cette solution on formule cependant une grave objection. La constitution hypothécaire est radicalement nulle, elle ne peut produire aucun effet. Il n'est pas possible de recourir au ministère du juge et de lui demander « de rem- » placer une convention sans valeur par une autre convention » réunissant les conditions de la loi ; car le juge a pour office, » non point de créer, mais de déclarer les droits existants ».

Cette objection ne nous paraît pas cependant répondre exactement à la volonté des parties ; sans doute l'hypothèque est nulle, nulle d'une nullité absolue, comme nous l'avons démontré au numéro précédent ; sans doute elle ne peut produire aucun effet, et c'est précisément pour ce motif que le créancier demande la constitution d'une nouvelle hypothèque. En a-t-il le droit ? Il nous paraît d'abord certain que la constitution d'une hypothèque a été la condition du prêt consenti ou de la convention intervenue. Le créancier a voulu acquérir une sûreté valable ; le débiteur a consenti à l'accorder. Comment la nullité de l'acte constitutif le libèrerait-elle de sa promesse ? L'engagement qu'il a pris tacitement doit produire les mêmes effets qu'un engagement exprès. De même que la promesse de constituer une hypothèque, même constatée par un acte sous signature privée, est valable (1), de même l'engagement implicite qui résulte d'un acte constitutif entaché de nullité doit être valable et produire ses effets.

1379. Ce n'est pas seulement dans l'acte constitutif de l'hypothèque que doit exister la spécialité quant au gage hypothécaire ; elle est requise aussi dans l'inscription (art. 2148, al. 5) (2). La spécialité, que la loi exige dans l'acte constitutif d'hypothèque, sert ainsi de préparation à la spécialité dans l'inscription. Mais ce n'est pas à dire que le vice résultant de l'absence de spécialité dans le contrat hypothécaire puisse être purgé par l'inscription.

Cpr. Grenier, I, 67. — Bruxelles, 27 juin 1821, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1298. — Lepinois, IV, 1512 ; Huc, XIII, 216. — *Contra* Duranton, XIX, 364 ; Troplong, II, 515 ; Martou, III, 1000 ; Pont, II, 678. — Aix, 16 août 1811, *J. G.*, eod. v°, 1346. — Cpr. Req., 27 août 1848, *J. G.*, eod. v°, 1258.

(1) *Infra*, II, 1407.

(2) *Infra*, II, 1664-1665.

Nous avons vu (1) que la nullité de la constitution hypothécaire n'est pas couverte par cette circonstance que la spécialité existe dans l'inscription. Nous n'ajouterons qu'une observation. S'il s'agissait d'une simple défectuosité qui n'enlèverait pas à la constitution le caractère de spécialité exigé par la loi, qui, par suite, n'en entraînerait pas la nullité et ne pourrait pas être invoquée par le débiteur, elle serait très régulièrement réparée par les indications de l'inscription (2). Telle serait, par exemple, la mention de la contenance ou même des tenants et aboutissants de l'immeuble hypothéqué.

1380. Le principe de la spécialité quant au gage hypothécaire ne fait pas obstacle à ce que le débiteur hypothèque tous ses biens présents, mais à la condition de désigner nominativement chacun de ses biens dans l'acte constitutif. Une constitution d'hypothèque faite en bloc sur tous les biens présents serait nulle (art. 2129).

1381. Des deux règles qu'il consacre et en vertu desquelles l'hypothèque ne peut être établie que sur des biens appartenant actuellement au débiteur et doit être spéciale, l'art. 2129 al. 2 déduit cette conséquence : « *Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués* ».

On entend par biens à venir *hoc sensu* ceux qui ne figurent pas encore dans le patrimoine du débiteur, sur lesquels il n'a pour le moment aucun droit, même conditionnel, mais seulement une espérance ou tout au plus un droit éventuel, par exemple, des biens qu'il espère recueillir dans la succession de ses parents. Un arrêt (3) a considéré que l'hypothèque portait sur un bien à venir si, consentie par un locataire, elle était établie sur des constructions qu'il avait pris l'engagement d'élever et qui devaient, après le bail, demeurer sa propriété, ce bâtiment à peine commencé au moment de l'acte constitutif, ne pouvant pas être individualisé et n'ayant pas le caractère apparent de sa destination.

(1) *Supra*, II, 1368.

(2) Aubry et Rau, § 266, III, 4e édit. p. 281, 5e édit. p. 475. — Lyon, 27 mars 1832, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1297, S., 33. 2. 282. — Pau, 23 août 1834, *J. G.*, v° *Rente const.*, 202, S., 35. 2. 420. — *Contra* Laurent, XXX, 510.

(3) Douai, 24 juin 1897, *Gaz. des Trib.*, 12 août 1897.

La règle de l'art. 2129 se rattache dans une certaine mesure au principe de la spécialité. En effet on ne conçoit guère l'hypothèque des biens *à venir* que comme affectant ces biens en bloc, d'une manière générale (1). Comment alors serait-il possible d'indiquer, dans l'acte constitutif de l'hypothèque, la nature et la situation de chacun de ces biens, puisqu'on ne sait quels ils sont ? La prohibition de la loi s'explique en outre par les dangers et même l'immoralité d'une pareille convention (2).

Remarquons d'ailleurs que la prohibition d'hypothéquer les biens à venir est formulée par la loi dans les termes les plus généraux ; par conséquent, la constitution d'hypothèque portant sur un bien à venir serait nulle, alors même qu'elle satisferait au principe de la spécialité. Telle serait l'hypothèque consentie par un fils sur un immeuble déterminé appartenant à son père, qu'il espère acquérir bientôt à titre de succession ; notre loi interdit les pactes sur succession future. (Arg. art. 791, 1130, 1600). L'hypothèque constituée dans ces conditions serait radicalement nulle, comme hypothèque de la chose d'autrui (3) ; la nullité ne serait pas couverte par l'acquisition que le constituant ferait ultérieurement de la propriété du bien hypothéqué.

1382. La règle que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués, souffre deux exceptions : l'une est indiquée par l'art. 2130, l'autre par l'art. 2131.

1383. Première exception. « *Néanmoins, si les biens présents* » *et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la* » *créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir* » *que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, y demeure* » *affecté à mesure des acquisitions* » (art. 2130) (4).

Cette disposition est très critiquée. Dans son rapport sur le projet de réforme hypothécaire que l'on élaborait en 1850,

(1) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 268, 5e éd. p. 449 ; Guillouard, II, 957.

(2) V. les observations du Tribunal de cassation dans Fenet, II, p. 615 et s.

(3) *Supra*, II, 1304 s. — Aubry et Rau, § 266, note 5, III, 4e éd. p. 262, 5e éd. p. 441 ; Laurent, XXX, 472 ; Thézard, 49. — *Contra* Colmet de Santerre, IX, 96 *bis*-III, 3o ; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 99 et 104.

(4) Monaco, *C. civ.*, art. 1968. — Haïti, *C. civ.*, art. 1897.

M. de Vatimesnil disait : « La faculté accordée par l'art. 2130 est presque nulle dans la pratique des affaires, et, si l'on en usait, elle serait peu morale. Quel est, en effet, l'individu qui peut se faire un moyen de crédit de ses biens à venir? En général, c'est le fils de famille, qui escompte ainsi d'avance la succession de ses parents. Et quels sont les hommes qui peuvent consentir à lui prêter sur un gage aussi éventuel? Trop souvent des usuriers qui trouvent, dans l'énormité de l'intérêt ou dans des stipulations frauduleuses, l'équivalent du risque auquel ils s'exposent » (1).

Ajoutons que cette exception est en opposition formelle avec les principes du code en matière hypothécaire, et qu'elle semble une concession à une tradition que le législateur nouveau répudiait. Elle autorise en effet le rétablissement de ces hypothèques générales, dont notre ancienne jurisprudence avait révélé les inconvénients et les dangers. C'est un nouveau motif à nos yeux pour interpréter l'art. 2130 de la manière la plus restrictive.

La loi subordonne à une double condition l'hypothèqne des biens à venir.

1384. 1° Il faut, en premier lieu, que le débiteur hypothèque ses immeubles présents. La loi n'autorise qu'avec peine l'hypothèque des biens à venir, dans laquelle elle voit reparaître l'hypothèque générale de notre ancienne jurisprudence ; si elle l'admet, c'est par nécessité, lorsque les biens actuels du débiteur ne lui donnent pas le moyen de fournir la sûreté exigée par le créancier. Elle veut que le débiteur demande au présent les ressources qu'il peut lui fournir avant d'engager l'avenir. Il est donc nécessaire que les immeubles présents soient tout d'abord affectés à la créance. L'hypothèque des biens à venir n'a pour but que de compléter la sûreté que le créancier acquiert sur les biens présents. C'est, à ce point de vue, une hypothèque complémentaire. Quand elle ne présente pas ce caractère, elle est prohibée par la loi, qui interdit l'hypothèque constituée exclusivement sur les biens à venir.

(1) Cpr. cep. Observations des cours d'Angers, de Grenoble, de Montpellier, de Pau. *Documents hypothécaires*, III, p. 332, 338 s.; Gillard, *op. cit.*, 273.

1385. Faut-il en conclure que le débiteur qui n'a pas de biens présents susceptibles d'hypothèques ne peut pas hypothéquer ses biens à venir? La question est très controversée. La plupart des auteurs et la jurisprudence décident, avec raison, qu'il ne le peut pas. En principe cette hypothèque est formellement interdite par l'art. **2129** al. 2. Si l'art. **2130** la permet, c'est par exception et seulement en cas d'insuffisance des biens présents; il faut donc que le débiteur ait actuellement des immeubles susceptibles d'hypothèques; à cette condition seulement la loi l'autorise à affecter ses biens à venir à l'acquittement de ses obligations. Cette hypothèque n'est que complémentaire; elle complète la garantie réelle donnée par le même contrat; s'il en était autrement, l'art. **2130** effacerait la prohibition de l'art. **2129** qui demeurerait sans application [1].

1385 I. Celui qui n'a sur ses biens présents qu'un droit de propriété sous condition résolutoire, par exemple un copropriétaire par indivis, peut incontestablement hypothéquer avec ces immeubles ses biens à venir. La validité et l'efficacité de l'hypothèque des biens à venir sont indiscutables si la condition résolutoire ne se réalise pas. En sera-t-il de même si la condition résolutoire s'accomplit?

L'affirmative n'est pas douteuse si on autorise l'hypothèque

[1] Persil, I, sur l'art. 2130, VII; Duranton, XIX, 373; Pont, II, 688; Delvincourt, III, p. 538; Taulier, VII, p. 265; Aubry et Rau, § 266, texte et note 27, III, 4e éd. p. 268, 5e éd. p. 449-450; de Saint-Nexent, *Réforme hyp.*, 113 s.; Coulon, *Quest. de dr.*, II, p. 403; Guillouard, II, 961-962; Huc, XIII, 221; Beudant, II, 664; Surville, II, 651. — Rouen, 18 août 1820, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI. 2. 306. — Riom, 25 nov. 1830, S., 33. 2. 526. — Caen, 26 juill. 1830 et 21 fév. 1831, S., 42. 2. 399 *ad notam.* — Nancy, 16 août 1831, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1308, S., 38. 2. 431 *ad notam.* — Lyon, 12 déc. 1837, *J. G.*, eod. v°, 1308, S., 38. 2. 431. — Caen, 4 avril 1842, *J. G.*, eod. v°, 1308, S., 42. 2. 399. — Lyon, 9 avril 1845, D., 46. 2. 113, S., 46. 2. 185. — Dijon, 25 avril 1855, D., 55. 2. 218. — Nancy, 22 août 1867, D., 68. 2. 117, S., 68. 2. 109. — Civ. cass., 30 janv. 1872, D., 74. 1. 99, S., 73. 1. 404. — Civ. cass. (implic.), 11 mars 1895, D., 95. 1. 305 (*Note* de Léon Michel), S., 96. 1. 433 (*Note* de M. Wahl). — Limoges, 27 mai 1896, S., 97. 2. 143. — Rapp. Rouen, 8 août 1820, *J. G*, eod. v°, 1304, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI. 2. 306. — *Contra* Grenier, I, 63; Rolland de Villargues, v° *Hyp.*, 274; Troplong, II, 538 *bis;* Colmet de Santerre, IX, 97 *bis*-II; Thézard, 66; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 279; Planiol, II, 2789. — Besançon, 22 août 1811, *J. G.*, eod. v°, 1308, S., 15. 2. 189.

des biens à venir de la part de celui qui ne possède pas de biens présents. La difficulté ne peut donc naître que si on considère l'hypothèque des biens à venir comme une sûreté complémentaire qui ne peut être consentie que par celui qui a des biens présents et les hypothèque par le même acte.

La cour de cassation a résolu cette question par l'affirmative [1]. Au moment de la constitution hypothécaire, les conditions exigées par la loi étaient réunies ; l'hypothèque des biens à venir était donc valable dans son origine. L'accomplissement de la condition résolutoire ne peut avoir pour résultat de l'anéantir ; la rétroactivité de la condition agit *en droit* et non *en fait ;* elle ne peut donc détruire le fait d'une constitution régulièrement consentie.

1386. 2° Il faut que les biens présents du débiteur, déduction faite des charges dont ils sont grevés, soient insuffisants pour la sûreté de la créance et que cette insuffisance soit déclarée. On ne prend donc en considération que la fortune immobilière du débiteur ; on ne tient pas compte de sa solvabilité générale [2].

Cette condition est la conséquence du caractère complémentaire de l'hypothèque des biens à venir. La loi ne veut pas que le débiteur demande à l'avenir des ressources que le présent peut aisément lui fournir.

Qui décidera de cette insuffisance ?

L'art. 2130 exige une déclaration du débiteur; mais il n'impose aucune forme sacramentelle [3].

Cette déclaration est-elle souveraine et échappe-t-elle à tout contrôle ou peut-elle être contestée par tout intéressé, notamment par les créanciers hypothécaires postérieurs ou par les tiers acquéreurs d'immeubles advenus postérieurement au débiteur?

Malgré le silence de la loi et l'argument qu'on en a déduit

[1] Civ. cass., 11 mars 1895, D., 95. 1. 305, S., 96. 1. 433 et sur renvoi Limoges, 27 mai 1896, S., 97. 2. 143. — *Sic* Michel, *Note,* dans D., *loc. cit.;* Guillouard, II, 964 ; Huc, XIII, 221 ; Beudant, II, p. 142, note 3 ; Aubry et Rau, § 266, note 26 *bis,* III, 5e éd. p. 449-450. — *Contra* Wahl, *Note,* dans S., *loc. cit.*

[2] Gillard, *Const. hyp. conv.,* 274. — *Contra* Colmet de Santerre, IX, 97 *bis*-II.

[3] Guillouard, II, 963 ; Aubry et Rau, § 266, note 25 *ter,* III, 5e éd. p. 449. — Nancy, 22 août 1867, D., 68. 2. 117, S., 68. 2. 109.

pour écarter tout contrôle, nous pensons que la sincérité de la déclaration du débiteur peut être contestée par tout intéressé.

En effet l'hypothèque des biens à venir est prohibée en principe par l'art. 2129. L'art. 2130 l'autorise exceptionnellement en cas d'insuffisance des biens présents. Pour sa validité, il est donc indispensable que l'on se trouve dans l'hypothèse spéciale prévue par la loi. Sinon, la nullité est encourue. Les tribunaux ne sont pas appelés à réviser la convention des parties ; ils n'ont pas le droit, comme on l'a dit, de la rescinder véritablement pour cause de lésion. Ils ont, en cette matière comme en toute autre, le droit de rechercher si la convention réunit les conditions requises pour sa validité et de prononcer, si elles ne sont pas remplies, la sanction formellement édictée par la loi. Il est vrai que la loi ne parle que de l'expression, par le débiteur, de l'insuffisance de ses biens présents. Mais si elle avait admis que cette déclaration échappât à tout contrôle, elle aurait mis entre les mains des parties un moyen véritablement trop facile d'éluder la prohibition de l'hypothèque des biens à venir. S'il suffisait à cet effet d'une déclaration du débiteur, cette clause deviendrait de style dans les actes constitutifs d'hypothèques ; nous verrions renaître les hypothèques générales ; notre régime hypothécaire perdrait l'une de ses bases fondamentales, la spécialité. C'est pourquoi nous n'hésitons pas à reconnaître aux tribunaux un droit de contrôle (1).

Il semble même que le débiteur devrait avoir le droit de critiquer l'exactitude de sa déclaration. La prohibition de l'art. 2129 est d'ordre public (2).

1387. En l'absence de l'une ou de l'autre des conditions que nous venons d'indiquer, l'hypothèque des biens à venir serait frappée de nullité. Mais la situation du créancier variera suivant les cas.

(1) Troplong, II, 539 ; Pont, II, 684 ; Thézard, 66 ; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 276 ; Aubry et Rau, § 266, note 25 *quater*, III, 5e éd. p. 449 ; Huc, XIII, 222 ; Beudant, II, p. 142, note 2. — Cpr. Guillouard, II, 963. — *Contra* Colmet de Santerre, IX, 97 *bis*-IV ; Planiol, II, 2796.

(2) Troplong, II, 539. — Pau, 6 nov. 1899, S., 00. 2. 14. Le pouvoir d'appréciation des tribunaux s'exerce souverainement, ils ne sont pas astreints à un mode de preuve déterminé. Même arrêt.

Si l'hypothèque est nulle, parce qu'elle a porté exclusivement sur les biens à venir et que le débiteur n'a pas hypothéqué les immeubles lui appartenant au moment de la convention, le créancier n'a plus aucune sûreté et nous sommes portés à penser qu'il ne peut pas en exiger de nouvelles. Il n'a plus aucune sûreté ; il n'a d'hypothèque ni sur les biens à venir puisque cette hypothèque est nulle, ni sur les biens présents puisqu'il n'en a pas été consenti. Il ne peut pas en exiger de nouvelle. Le débiteur ne lui a pas fait la promesse de lui constituer une hypothèque valable, c'est-à-dire une hypothèque sur ses immeubles présents. Il a promis ou voulu faire une chose impossible ; il n'est pas tenu.

Si l'hypothèque des biens à venir est nulle soit parce que l'insuffisance des biens présents n'a pas été exprimée par le débiteur dans l'actif constitutif, soit parce que la déclaration faite par celui-ci est mensongère, le créancier conservera une hypothèque sur les immeubles présents qui lui ont été affectés, pourvu qu'on ait observé les prescriptions de l'art. **2129**. *Utile per inutile non vitiatur* (1).

1388. La seconde exception au principe de l'art. **2129** résulte de l'art. **2131** ainsi conçu : « *Pareillement, en cas que* » *l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypo-* » *thèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de ma-* » *nière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du* » *créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent* » *son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothè-* » *que* » (2).

Le mot *pareillement,* par lequel débute cet article, est synonyme de *néanmoins aussi,* et nous indique par consé-

(1) Aubry et Rau, § 266, note 27 *bis*, III, 5e éd. p. 450.

(2) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 79. — Italie, *C. civ.*, art. 1980. — Monaco, *C. civ.*, art. 1969. — Fribourg, *C. civ.*, art. 665. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1717. — Tessin, *C. civ.*, art. 864. — Vaud, *C. civ.*, art. 1591. — Valais, *C. civ*, art. 1881, modifié par la L. du 29 nov. 1882, art. 1894. — Soleure, *C. civ.*, art. 851, 865-1°. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1222. — Loi prussienne, 5 mai 1872, *sur l'acquisition de la propriété immobilière et sur les droits réels immobiliers*, art. 50, *Ann. de législ. étr.*, II, p. 231. — Allemagne, *C. civ.*, art. 1133-1135. — Suède, L. de 1875, art. 31, *Ann. de législ. étr.*, V, p. 284. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 116. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 7. — Mexico, *C. civ.*, art. 1963. — Haïti, *C. civ.*, art. 1898. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2294. — Chili, *C. civ.*, art. 2427.

quent que la loi va établir une nouvelle exception à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir qui forme la règle. En quoi consiste cette exception? La loi suppose que le gage hypothécaire, d'une valeur suffisante à l'époque de la constitution, devient insuffisant par suite d'événements postérieurs qui font périr les biens hypothéqués ou en diminuent la valeur. Le créancier peut alors, dit l'art. 2131, « *ou poursui-* » *vre dès à présent son remboursement, ou obtenir un sup-* » *plément d'hypothèque* », et l'hypothèque supplémentaire pourra porter sur les biens à venir par dérogation à l'art. 2129, al. 2.

Ainsi, à la règle que les biens à venir ne peuvent être hypothéqués, l'art. 2130 formule une première exception, relative au cas où les biens présents du débiteur sont insuffisants lors de la constitution d'hypothèque, et l'art. 2131 en ajoute une autre pour le cas où l'insuffisance des biens du débiteur résulte de faits postérieurs.

La disposition de cet article se justifie par une considération d'équité. Le débiteur avait promis une sûreté réelle. Il l'a fournie. Il semble qu'il devrait être libéré. Mais cette garantie, suffisante pour répondre de la dette, est devenue insuffisante. Le créancier n'a pas voulu suivre la foi du débiteur; il a pris ses précautions en exigeant une hypothèque. C'est en vue de cette sûreté qu'il a consenti à traiter; serait-il juste, équitable de maintenir purement et simplement le contrat? Le législateur ne l'a pas pensé; il exige que le créancier soit rétabli dans la condition qu'il avait stipulée.

Certains auteurs (1) rattachent la disposition de l'art. 2131 à la théorie de la condition résolutoire tacite qui serait sous-entendue dans les contrats unilatéraux aussi bien que dans les contrats synallagmatiques, et ils en concluent notamment que cette disposition recevra son application même dans les cas où l'insuffisance de la sûreté est la conséquence d'une dépréciation ou d'une diminution de valeur de l'immeuble hypothéqué (2). Nous estimons au contraire que l'art. 1184

(1) V. notamment Guillouard, III, 1615.
(2) V. sur cette question *infra*, II, 1392.

doit être interprété d'une manière restrictive et qu'on ne saurait étendre aux contrats unilatéraux une disposition qui ne parle que des contrat synallagmatiques (1). C'est donc exclusivement par une considération d'équité que s'explique, suivant nous, l'art. 2131.

1389. Mais il faut tout d'abord pour cela que le contrat soit encore susceptible de produire quelque effet en faveur du débiteur. Si l'échéance du terme est arrivée, il n'en est certainement plus ainsi. Le débiteur n'a qu'un devoir à remplir : effectuer la prestation promise. Il n'y a pas lieu de chercher à sauvegarder les droits du débiteur; il n'en a plus aucun. Le créancier n'a qu'à demander en justice le paiement de ce qui lui est dû; il obtiendra un jugement de condamnation ; il acquerra la garantie d'une hypothèque judiciaire (2) et poursuivra l'exécution par toutes les voies de droit. Le débiteur ne peut pas s'y opposer, se soustraire à son engagement en offrant des sûretés nouvelles; il ne peut pas contraindre le créancier à se contenter de ces garanties. Aussi la première condition requise pour l'application de l'art. 2131 consiste-t-elle dans l'existence d'un terme qui suspend le recouvrement de la créance. Dans ce cas, le créancier ne peut agir en paiement; la perte ou la diminution des sûretés, en considération desquelles il avait traité et consenti ce terme, modifie les conditions de la convention; il est juste de sauvegarder ses intérêts. Comment le législateur a-t-il atteint ce but ?

1390. Deux hypothèses peuvent se présenter et la loi, s'inspirant de l'équité, les a distinguées. La perte, la dégradation du gage hypothécaire peuvent être le résultat soit du fait du débiteur, soit d'un événement de force majeure et il serait injuste de soumettre deux cas aussi dissemblables à une seule et même règle (3).

Première hypothèse. *La perte ou la diminution des sûretés établies par le contrat est le résultat d'un fait du débi-*

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 904-905.

(2) Paris, 2 mai 1849, D., 50. 2. 276. — Paris, 22 nov. 1853, D., 55. 2. 172. — Paris, 15 mai 1865, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 898, S., 65. 2. 257.

(3) Berne, *C. civ.*, art. 493-494.

teur (1). Il avait hypothéqué une maison et il la démolit; il avait hypothéqué une futaie non aménagée et il y pratique des coupes; il avait hypothéqué un navire immatriculé dans un port français et il le fait immatriculer dans un port étranger (2). Dans tous ces cas, il y a lieu à l'application de l'art. 1188, aux termes duquel « *le débiteur ne peut plus réclamer* » *le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque, par* » *son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le* » *contrat à son créancier* ». Le débiteur est alors déchu du bénéfice du terme; le créancier a le droit de réclamer le paiement immédiat de tout ce qui lui est dû. Nulle offre, nulle proposition de sûretés nouvelles ne pourra arrêter ses poursuites. Sans doute, il pourra se contenter d'un supplément de garantie; mais cette détermination dépend exclusivement de sa volonté. Nul ne peut le contraindre; le débiteur est à sa merci; celui-ci ne peut pas se plaindre, car cette situation est son œuvre (3).

La déchéance est du reste encourue par cela seul que la perte ou la diminution des sûretés provient du fait du débiteur. La loi n'exige pas, comme dans la seconde hypothèse, que le gage soit devenu insuffisant pour couvrir le créancier. C'est très juste; le débiteur a violé les promesses faites dans le contrat d'obligation; il ne peut plus se prévaloir des clauses qui lui seraient favorables. C'est pourquoi l'art. 1188 exige qu'il s'agisse de sûretés *fournies par le contrat* et qui ont été l'une des considérations déterminantes de la convention. Si les sûretés avaient été données en dehors du contrat, elles ne présenteraient pas le même caractère et leur diminution ne donnerait pas lieu à l'application de l'art. 1188.

Ainsi, la vente en détail de l'immeuble hypothéqué, consentie par parcelles dont le prix séparé serait inférieur au montant de la créance, autoriserait le créancier à se prévaloir de l'art.

(1) Espagne, *L. hyp.*, art. 150. — Zurich, *C. civ.*, art. 355. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 30. — Suède, Ord. 16 juin 1875, § 32. — Mexico, *C. civ.*, art. 1950, 1962. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2032.

(2) Aubry et Rau, § 286, texte et note 27, III, 4e éd. p. 435, 5e éd. p. 710. — Civ. cass., 19 déc. 1888, D., 89. 1. 57.

(3) Aubry et Rau, § 286, texte et note 28, III, 4e éd. p. 435, 5e éd. p. 710.

1188 et à poursuivre immédiatement son paiement intégral. Car il est exposé à ce que les différents acquéreurs remplissent les formalités de la purge et en exerçant son droit hypothécaire il recevra des paiements fractionnés. Il est en outre obligé de diviser ses poursuites et d'exposer des frais plus considérables. La stipulation d'une hypothèque indivisible de sa nature le mettait à l'abri de ce danger. La vente en détail est donc un fait par lequel le débiteur lui enlève l'un des avantages que la convention portant constitution d'une hypothèque avait eu pour but de lui assurer. Il y a une diminution des sûretés, l'art. 1188 recevra son application [1].

1391. Seconde hypothèse. *La perte ou la diminution des sûretés se produit sans le fait du débiteur, par un événement de force majeure ou même par le fait d'un tiers détenteur* [2]. La maison hypothéquée a été, par exemple, détruite par un tremblement de terre. Ici le débiteur n'est pas en faute; il n'a pas violé la loi du contrat; il doit pouvoir conserver le bénéfice des stipulations qui y ont été insérées, notamment le bénéfice du terme. D'un autre côté, il ne faut pas sacrifier les intérêts du créancier; en traitant, il avait exigé la garantie d'une hypothèque; maintenir le contrat, alors que la sûreté a perdu son efficacité, serait contraire à l'équité. L'art. 2131 offre le moyen de maintenir la convention, mais il exige que le créancier soit replacé dans la condition qui lui avait été faite. Il dit qu'il pourra « *ou poursuivre dès à présent son remboursement ou obtenir un supplément d'hypothèque* », et comme il ne s'explique pas sur le point de savoir à qui appartient le choix entre ces deux partis, on doit en conclure que le choix appartient au débiteur [3] (arg. art. 1190, 1247).

Le texte même, par sa formule, confirme cette induction des principes généraux; il est évident que le droit du créancier ne dépend pas de sa seule volonté; car la loi ne dit pas qu'il

[1] Thézard, 67; Demolombe, *Cont.*, II, 685 et les autorités citées. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 1023. — V. *infra*, III, 2009.

[2] Aubry et Rau, § 286, III, 4e éd. p. 435, 5e éd. p. 711; Guillouard, III, 1669. — Orléans, 24 mars 1859, *J. G. Suppl.*, vo *Priv. et hyp.*, 1222, S., 59. 2. 673.

[3] Espagne, *L. hyp.*, art. 151-152. — Zurich, *C. civ.*, art. 355.

pourra *exiger* un supplément d'hypothèque; elle porte seulement qu'il pourra l'*obtenir;* et comme nous sommes en matière d'hypothèque conventionnelle, c'est de la volonté du débiteur qu'il dépend de l'offrir. Le supplément d'hypothèque est ainsi *in facultate debitoris* (1). Le tribunal sera chargé d'apprécier si l'offre est suffisante (2). La solution contraire blesserait l'équité comme nous l'avons déjà fait observer. Et ce supplément d'hypothèque pourra être offert même sur les biens à venir (argument du mot *Pareillement)* (3), mais en supposant que l'hypothèque des biens à venir offre une garantie sérieuse. On peut citer comme exemple le cas où le débiteur paraîtrait appelé prochainement à recueillir une riche succession comprenant des immeubles, surtout s'il y est appelé en qualité d'héritier réservataire.

C'est une hypothèque nouvelle; elle doit être consentie par acte notarié et prendra rang à la date de son inscription (4).

1392. L'application de l'art. **2131** est subordonnée par la loi à certaines conditions qu'il est nécessaire de préciser. Elles sont au nombre de quatre :

1° Il faut que la diminution des sûretés soit le résultat d'une perte ou d'une dégradation matérielle du gage hypothécaire. S'il n'était survenu aucun changement dans l'état physique des immeubles hypothéqués, si la diminution de la sûreté était la conséquence d'une dépréciation, si, par exemple, elle était arrivée par suite de la baisse générale de la valeur des immeubles, ou de la suppression de la place sur laquelle était située la maison hypothéquée, l'art. **2131** ne recevrait pas d'application. Physiquement le gage est resté le même, il n'a pas péri, il n'a pas été dégradé. La loi ne s'est pas occu-

(1) Delvincourt, III, p. 309; Persil, I, sur l'art. 2131, II; Grenier, I, 64; Duranton, XI, 121, XIX, 380; Troplong, II, 542; Pont, II, 695; Aubry et Rau, § 286, texte et note 29, III, 4e éd. p. 435, 5e éd. p. 710-711; Laurent, XXX, 524; Thézard, 67; Guillouard, III, 1616; Huc, XIII, 224; Planiol, II, 2793. — Rouen, 10 mai 1839, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1338. — *Contra* Civ. cass., 17 mars 1818, *J. G.*, eod. v°, 1333, S., 18. 1. 260.

(2) Pont, II, 696; Laurent, XXX, 524. — Cpr. cep. Huc, XIII, 224.

(3) *Contra* Colmet de Santerre, IX, 98 *bis*-II.

(4) Lepinois, IV, 1524. — V. *infra,* II, 1398.

pée de cette diminution de valeur qu'elle n'avait pas à prévoir et qui devait entrer dans les calculs des parties [1].

2° Il faut que cette diminution rende le gage insuffisant pour la sûreté du créancier. Par là, la règle de l'art. **2131** diffère de celle de l'art. **1188**. Toute diminution des sûretés, provenant du fait du débiteur, entraîne la déchéance du bénéfice du terme, alors même que les sûretés qui restent seraient encore suffisantes. Cette différence se justifie sans peine par les considérations qui expliquent les dispositions de la loi et que nous avons déjà exposées.

3° Il faut que les sûretés soient devenues insuffisantes depuis la perfection du contrat hypothécaire. Si elles étaient insuffisantes dès le moment de la constitution d'hypothèque, le créancier ne pourrait invoquer ni l'art. **1188**, ni l'art. **2131**. Il ne peut s'en prendre qu'à lui-même de cette insuffisance des garanties stipulées. Il ne peut pas s'en faire une arme pour anéantir un contrat librement consenti ou pour en modifier les clauses. S'il s'est trompé, s'il a cru que les sûretés étaient suffisantes, alors qu'en réalité elles étaient insuffisantes, il doit supporter les conséquences de sa négligence. Il lui était facile de s'éclairer sur la valeur exacte des immeubles offerts en garantie [2].

4° Enfin il faut que l'insuffisance des sûretés soit le résultat d'événements qui ne devaient pas entrer dans les prévisions des parties. S'il en était autrement, si, par exemple, l'immeuble hypothéqué consistait en un bois taillis ou une futaie aménagée sur lesquels le débiteur accomplirait des actes réguliers de jouissance, ferait des coupes aux époques ordinaires, le créancier ne pourrait pas invoquer l'art. **2131**, il n'aurait droit ni à un remboursement immédiat, ni même à un supplément d'hypothèque. Il a dû tenir compte de ces éventualités dans l'appréciation de la valeur du gage offert.

[1] Duranton, XIX, 382; Pont, II, 693; Martou, III, 1007; Aubry et Rau, § 286, III, 4e éd. p. 436, 5e éd. p. 711; Laurent, XXX, 517; Thézard, 67; Lepinois, IV, 1516; Planiol, III, 2790. — *Contra* Guillouard, III, 1618.

[2] Persil, I, sur l'art. 2131, V; Duranton, XIX, 383; Pont, Aubry et Rau, *locc. citt.*; Guillouard, II, 1617. — *Contra* Riom, 24 août 1810, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1337, S., 13. 2. 221.

La vente par anticipation des fruits de l'immeuble, la cession de loyers à échoir, n'entraînent pas une dégradation matérielle de l'immeuble et par suite ne donnent pas lieu à l'application de l'art. **2131**. Il en serait de même de la vente de la coupe d'un bois taillis ou d'une futaie aménagée, si les bois avaient atteint l'âge où ils ont l'habitude d'être coupés. Mais il en serait autrement si la coupe devait être faite par anticipation. Nous serions même portés à penser qu'il y aurait alors une diminution des sûretés données par le contrat et que cette diminution procèderait du fait du débiteur. Nous inclinerions, en conséquence, à appliquer, dans ce cas, l'art. **1188** et à permettre au créancier de saisir l'immeuble avec les bois qu'il porte ([1]). Mais cette question se rattache aux effets de l'hypothèque. Nous les déterminerons ([2]).

1393. L'art. **2131** est placé par le législateur dans la section des hypothèques conventionnelles. Il semble naturel d'en conclure qu'il est spécial aux hypothèques conventionnelles et que sa disposition ne saurait être étendue aux hypothèques légales et aux hypothèques judiciaires ([3]). En ce qui concerne ces dernières, le doute n'est pas possible; elles sont générales; elles frappent tous les immeubles présents et à venir du débiteur : il ne saurait évidemment être question d'un supplément d'hypothèque. Il en est de même pour les hypothèques légales générales. En ce qui concerne les hypothèques légales spécialisées par la loi elle-même, nous serions assez disposés à admettre la même solution. La sûreté est née indépendamment de la volonté des parties; elle a été créée directement par le législateur; on ne peut pas dire qu'elle a été la condition déterminante de l'obligation qui a pris naissance. C'est pourquoi nous ne pensons pas que sa seule diminution puisse exposer le débiteur à une poursuite immédiate, si mieux il n'aime fournir des garanties supplémentaires.

C'est seulement dans le cas où la garantie résultant d'une hypothèque légale générale serait diminuée par le fait du

([1]) V. Req., 30 mars 1868, D., 68. 1. 417, S., 68. 1. 201. — Cpr. Dijon, 6 juillet 1883, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 420, S., 84. 2. 44.

([2]) V. notamment *infra*, III, 2001 s.

([3]) Aubry et Rau, § 286, III, 4e éd. p. 435, 5e éd. p. 710.

débiteur que le créancier pourrait alors exercer certains droits ; la femme aurait la faculté de demander la séparation de biens et, si elle était prononcée, de poursuivre la restitution de sa dot et le paiement des indemnités qui lui seraient dues. Le tuteur pourrait être destitué.

1394. Mais ces hypothèques légales, générales en principe d'après la loi, peuvent avoir été restreintes par convention ou réduites par décision de justice. Si les immeubles sur lesquels elles portent d'une manière exclusive venaient à périr ou étaient dégradés par cas fortuit, il semblerait juste d'appliquer sinon l'art. **2131**, du moins une règle analogue à celle qu'il consacre. La restriction n'a été consentie, la réduction n'a été prononcée ou admise que parce que la valeur des immeubles a été appréciée suffisante et sous la condition qu'elle demeurerait telle. Si ces prévisions ne sont pas exactes ou si elles sont déjouées par les événements, le créancier a le droit d'obtenir un supplément d'hypothèque. Mais, on le voit, cette faculté ne résulte pas de l'art. **2131**, car nous ne reconnaissons pas au créancier le droit d'exiger un paiement immédiat, l'existence du mariage ou de la tutelle n'autorisant pas une semblable solution (1).

1395. L'incendie qui détruit la maison hypothéquée sera, en règle générale, vis-à-vis du débiteur, un événement de force majeure et donnera lieu, en principe, à l'application de l'art. **2131**. Le créancier dont la créance n'est pas encore exigible pourra poursuivre son paiement, si mieux n'aime le débiteur lui fournir un supplément d'hypothèque (2).

En sera-t-il de même si la maison était assurée contre l'incendie ? On se rappelle que, dans ce cas et en vertu de l'art. 2 de la loi du 19 février 1889, le droit de préférence du créancier hypothécaire se trouve transporté sur l'indemnité due par l'assureur (3). Mais pour conserver ces droits, il sera

(1) Delvincourt, III, p. 537 ; Grenier, I, 268 ; Duranton, XX, 59 ; Rolland de Villargues, v° *Réduct. des hyp.*, 54 ; Pont, II, 699 s. ; Thézard, 67. — V. *supra*, II, 1037 et 1206. — Rouen, 6 juil. 1840, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2617. S., 40. 2. 537.

(2) Espagne, *L. hyp.*, art. 111-5°.

(3) Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1720. — Zurich, *C. civ.*, art. 353. — Soleure, *C. civ.*, art. 838, 852. — Allemagne, *C. civ.*, art. 1127. — Mexico, *C. civ.*, art. 1960.

prudent de faire opposition ; car tout paiement fait de bonne foi et avant opposition est valable et libératoire. Il semble donc que, dans le cas au moins où l'indemnité serait la contre-valeur exacte de l'immeuble détruit, les droits du créancier sont pleinement sauvegardés et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 2131. Ce serait seulement dans le cas où la maison aurait été insuffisamment assurée que le créancier pourrait ou poursuivre son remboursement immédiat ou obtenir un supplément d'hypothèque. En dehors de cette hypothèse, il semble bien difficile de lui reconnaître le droit de demander son paiement ou d'obtenir un supplément de sûreté. L'art. 2131 n'a qu'un but : sauvegarder les intérêts du créancier. La loi du 19 février 1889 y a pourvu ; il n'y a pas de motif pour recourir aux mesures autorisées par l'art. 2131. La loi nouvelle exerce donc une influence sur cette disposition, elle en restreint la portée.

1396. Du moment où le créancier ne peut pas agir, le débiteur n'a pas intérêt, semble-t-il, à offrir un supplément d'hypothèque. Il n'en a pas le droit. Cette faculté est un remède offert par la loi pour pallier les inconvénients que présente le droit de poursuite accordé au créancier. Ce droit de poursuite n'existe pas alors, comme nous venons de l'établir. Par conséquent le débiteur n'a pas besoin de recourir aux facilités de l'art. 2131. La conclusion est logique, conforme aux textes et aux principes.

Est elle satisfaisante dans la pratique ? C'est la question qu'il nous reste à examiner en étudiant cette conséquence que les auteurs de la loi de 1889 n'ont certainement pas prévue. La dette n'est pas échue ; le créancier a fait opposition entre les mains de l'assureur : l'indemnité se distribuera par voie d'ordre ; le créancier sera colloqué, nous le supposons ; il ne peut pas toucher ; la somme restera dans les caisses de l'assureur ou sera par lui consignée. Le débiteur est dans l'impossibilité de la recevoir et de l'employer ; il peut être mis ainsi dans l'impossibilité de reconstruire la maison incendiée et obligé de recourir à un nouvel emprunt. Telle est la situation créée par la loi nouvelle. Les parties n'en peuvent sortir que par un accord de leurs volontés. Le

débiteur, quelques garanties nouvelles qu'il offre à son créancier, ne pourra pas vaincre sa résistance et obtenir la libre disposition de l'indemnité d'assurance. Telle paraît être la conséquence inéluctable de la loi nouvelle combinée avec les principes généraux (1).

La meilleure solution consisterait certainement dans l'attribution immédiate de l'indemnité d'assurance aux créanciers suivant leur rang (2). C'est ainsi qu'on procéderait certainement si dans le contrat constitutif l'indemnité d'assurance avait été cédée, ou même si le débiteur s'était engagé à faire assurer les immeubles hypothéqués. On verrait dans ces stipulations une renonciation au bénéfice du terme pour le cas où un sinistre viendrait à se produire. Nous croyons qu'on devrait admettre la même solution si l'hypothèque frappait un navire et si le navire périssait dans un naufrage. Nous comprendrions dès lors qu'on appliquât le même principe à notre hypothèse en vertu de la loi de 1889. Mais nous regrettons que le législateur n'ait pas, comme certaines lois étrangères (3), réservé le droit pour le débiteur de toucher l'indemnité à la condition de l'appliquer à la reconstruction ou à la restauration de la chose sinistrée.

1397. La même question s'agite dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (4). Le fait du souverain est certainement un cas de force majeure. Le débiteur se trouve dépouillé de son droit de propriété qui est transféré à l'expropriant; le créancier, de son hypothèque en ce sens qu'il ne peut plus l'exercer sur la chose et ne conserve qu'un droit de préférence sur le prix (art. 18, L. 3 mai 1841). Ici il est impossible de procéder comme dans l'hypothèse précédente. L'hypothèque a produit son effet légal; elle cesse de frapper la chose, tandis que, dans le cas d'incendie, elle continue de grever le sol sur lequel s'élevait la maison sinistrée. Nous

(1) Gillard, *Const. hyp. conv.*, 294.

(2) Huc, XIII, 225.

(3) V. *supra*, I, 282. — Zurich, *C. civ.*, art. 353. — Glaris, *C. civ.*, 1re partie (1869), art. 104.

(4) Espagne, *L. hyp.*, art. 111-5°. — Zurich, *C. civ.*, art. 354. — Glaris, *C. civ.*, 1re partie (1869), art. 104. — Mexico, *C. civ.*, art. 1961.

croyons naturel, dès lors, de procéder comme dans le cas de purge ; le créancier sera colloqué au rang de son hypothèque et aura le droit de toucher immédiatement le montant de sa collocation. Le débiteur ne pourrait pas invoquer l'art. **2131**, demander à conserver le montant de l'indemnité en offrant un supplément d'hypothèque [1], et à jouir du bénéfice du terme.

1398. L'hypothèque consentie sur les biens à venir dans l'une ou l'autre des hypothèses prévues par les art. **2130** et **2131** atteint les biens qui adviennent au débiteur, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit [2], au fur et à mesure des acquisitions. Mais elle ne devient opposable aux tiers et n'a de rang sur chaque immeuble que par et à compter de l'inscription prise par le créancier sur ces biens [3]; l'inscription prise à l'origine ne suffit pas pour assurer son efficacité. Par là, l'hypothèque conventionnelle des biens présents et à venir diffère des hypothèques générales, légales ou judiciaires. Pour celles-ci une seule inscription frappe tous les biens que le débiteur possède ou acquiert dans l'arrondissement du

[1] Daffry de la Monnoye, *Lois de l'exprop.*, p. 101 ; Pont, II, 698 ; Martou, III, 1009; Aubry et Rau, § 285, note 4, III, 4e éd. p. 418, 5e éd. p. 681-682 ; Laurent, XXX, 521; Guillouard, III, 1551 ; Lepinois, IV, 1520 ; Huc, XIII, 225. — C. cass. belge, 26 août 1850, *Pasic. belge*, 51. 1. 138. — Paris, 13 février 1858, D., 58. 2. 57, S., 58. 2. 170. — Cpr. Rouen, 12 juin 1863, S., 63. 2. 175. — *Contra* Delalleau et Jousselin, *Tr. de l'exprop. pour cause d'util. publ.*, I, 408 ; de Peyronny et Delamarre, *Tr. de l'exprop. pour cause d'util. publ.*, 249 ; Del Marmol, *Rev. prat.*, 1861, XII, p. 209 s.

[2] Cpr. cep. Rouen, 8 août 1820, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1304, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2. 306. — Dijon, 25 avril 1855, D., 55. 2. 218, S., 55. 2. 403. — Ces arrêts voient dans la convention un pacte sur succession future, si le débiteur déclare que les immeubles à venir par lui hypothéqués doivent lui provenir de la succession d'une personne déterminée.

[3] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscrip. hyp.*, § 5, n. 12 *in fine;* Grenier, I, 62 ; Persil, I, sur l'art. 2130, V ; Duranton, XIX, 379 ; Troplong, II, 540 ; Pont, II, 685 et *Rev. de lég.*, 1846, II, p. 327; Aubry et Rau, § 273, III, 4e éd. p. 337, 5e éd. p. 556 ; § 291, III, 4e éd. p. 486, 5e éd. p. 809 ; Colmet de Santerre, IX, 97 *bis*-I ; Thézard, 66-4° ; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 277 ; Guillouard, II, 965 ; Lepinois, IV, 1524 ; Beudant, II, 671. — Paris, 23 fév. 1835, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1303, S., 35. 2. 209. — Paris, 20 juillet 1836, *J. G.*, *ibid.* — Poitiers, 23 fév. 1844, *J. G.*, *ibid.*, S., 45. 2. 212. — Civ. cass., 27 avril 1846, D., 46. 1. 224, S., 46. 1. 369. — Grenoble, 17 fév. 1847, D., 48. 2. 52, S., 48. 2. 55. — Caen, 18 août 1871, D., 73. 5. 228, S., 72. 2. 273. — *Contra* Favard, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, n. 10 ; Rolland de Villargues, v° *Hyp.*, 282. — Angers, 14 juill. 1842, S., 42. 2. 469 (cassé par Civ. cass., 27 avril 1846, cité *supra*). — Cpr. Huc, XIII, 223.

bureau ; il n'est pas nécessaire d'en indiquer dans l'inscription l'espèce et la situation (art. 2148 al. dernier). Au contraire, les hypothèques des biens présents et à venir, établies conformément aux art. 2130 et 2131, sont des hypothèques conventionnelles. Il faut donc désigner dans l'inscription l'espèce et la situation des immeubles grevés (art. 2148-5°). Pour les biens qui adviennent au débiteur on ne peut remplir cette condition avant qu'il ne les ait acquis ; il faut donc une inscription nouvelle au fur et à mesure des acquisitions réalisées. Cette règle rend la garantie presque illusoire.

De là il suit que le créancier, qui a hypothèque sur les biens à venir de son débiteur, doit se tenir au courant de la situation de celui-ci et se hâter de faire inscrire son hypothèque après chaque acquisition opérée par le débiteur, afin de ne pas se laisser devancer par d'autres créanciers. Et encore, malgré toute sa diligence, n'évitera-t-il pas le plus souvent d'être primé par les créanciers ayant des hypothèques légales générales (arg. art. 2122 et 2135) ; il sera nécessairement primé aussi par les créanciers ayant une hypothèque judiciaire, inscrite au bureau dans le ressort duquel est situé l'immeuble nouvellement acquis (arg. art. 2123 al. 2 et 2148 al. final).

Il en sera ainsi, même dans le cas où le fait qui a donné naissance à l'hypothèque légale, où le jugement d'où résulte l'hypothèque judiciaire, et même l'inscription requise seraient postérieurs en date. Le rang entre créanciers hypothécaires se détermine par la date de l'inscription et non par la date du titre générateur de l'hypothèque. Cette conséquence des principes de la loi peut blesser l'équité. Le législateur aurait pu, pour la prévenir, établir une règle analogue à celle des art. 2109 et 2111 pour les privilèges du copartageant et de la séparation des patrimoines. Il aurait pu accorder au créancier, qui a hypothèque sur les biens à venir, un certain délai pour prendre inscription et décider que l'inscription prise dans le temps ainsi fixé rétroagirait au jour de l'acquisition. Ce que la loi pouvait faire, elle ne l'a pas fait et la solution que nous avons enseignée est à l'abri de toute discussion.

Du caractère conventionnel de l'hypothèque des biens à

venir nous déduirons plus loin cette conséquence qu'elle ne peut pas être réduite [1].

1398I. De ce que le débiteur ne peut hypothéquer ses immeubles à venir qu'autant qu'il hypothèque en même temps ses immeubles présents on a conclu que l'hypothèque des biens à venir n'est qu'accessoire et subsidiaire, et que le créancier ne peut poursuivre son paiement sur les biens advenus à son débiteur, peut-être même demander sa collocation sur le prix de ces biens, qu'après avoir tenté en vain d'obtenir sur les biens présents ce qui lui est dû [2].

Il nous semble difficile de donner cette interprétation restrictive à l'art. **2130** et par suite à l'art. **2131**. Nulle part la loi n'a qualifié l'hypothèque des biens à venir d'hypothèque subsidiaire ; elle exige bien que le débiteur déclare l'insuffisance de ses biens présents et nous avons décidé que l'exactitude de cette déclaration est soumise au contrôle de la justice. Mais ces conditions sont seulement requises pour la validité de la constitution hypothécaire. L'hypothèque valablement constituée doit produire ses effets ordinaires et frapper d'une manière indivisible (art. **2114**) tous les immeubles grevés, les immeubles à venir de même que les immeubles présents; seulement elle n'atteint les immeubles à venir qu'au moment où ils entrent dans le patrimoine du débiteur et elle ne devient efficace à l'égard des tiers que par l'inscription qui doit en être requise. Pour qu'il en soit autrement, pour que l'hypothèque ne frappe pas de la même manière les immeubles présents et les immeubles à venir, il faudrait un texte formel, un article portant, comme l'art. **2105**, que l'hypothèque ne s'exercerait sur les immeubles advenus au débiteur depuis la constitution hypothécaire qu'en cas d'insuffisance des immeubles présents. Aucun texte n'édicte cette règle et nous ne pouvons l'admettre, parce qu'elle dérogerait au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.

Le législateur a du reste été sage en ne l'édictant pas : on ne comprendrait pas qu'il imposât au créancier l'obligation

[1] *Infra*, III, 1922.

[2] Guillouard, II, 966 ; Huc, XIII, 223. — Nancy, 22 août 1867, D., 68. 2. 117, S., 68. 2. 109.

de discuter au préalable un gage qui a été déclaré insuffisant, des immeubles sur le prix desquels il n'obtiendra peut-être aucune collocation [1].

2. *De la spécialité quant à la créance hypothécaire.*

1399. La spécialité quant à la créance hypothécaire consiste dans l'indication spéciale de la créance pour sûreté de laquelle l'hypothèque est constituée. De même qu'un débiteur ne peut pas valablement consentir une hypothèque portant sur tous ses biens en général, sans désignation spéciale de la nature et de la situation de chacun d'eux, de même la loi proscrit l'hypothèque qu'un débiteur consentirait pour sûreté de *toutes ses dettes en général* envers une personne déterminée sans autre précision, ou même de toutes celles qu'il a contractées ou contractera dans un délai déterminé, le courant de l'année par exemple. En un mot, il ne suffit pas d'individualiser l'immeuble ou les immeubles sur lesquels l'hypothèque est établie, ce qui constitue la spécialité quant au gage hypothécaire, il faut en outre individualiser la créance pour sûreté de laquelle on consent l'hypothèque, la déterminer de manière qu'elle ne puisse pas s'accroître, ce qui constitue la spécialité quant à la créance hypothécaire. Sous cette seconde face, la spécialité se justifie par les mêmes motifs que sous la première.

C'est d'abord et principalement dans l'intérêt du débiteur qu'elle a été édictée. La loi veut qu'il proportionne la sûreté donnée au montant de la dette à garantir; elle veut, par ce moyen, le mettre en mesure de ménager son crédit; il est donc indispensable que la créance soit spécialisée; la spécialisation de la créance facilite la spécialisation du gage hypothécaire et sert à réaliser la spécialité de l'hypothèque, qui est un des principes fondamentaux de notre code en cette matière. La loi a vu d'un autre côté, dans cette spécialisation de la créance, un moyen de spécialiser l'inscription destinée à prévenir les tiers et à leur faire connaître l'étendue de la brèche qui est ouverte dans le crédit hypothécaire du débi-

[1] Colmet de Santerre, IX, 97 *bis*-II.

teur [1]. Elle se montre même plus rigoureuse pour la spécialité de l'inscription.

1400. La spécialité quant à la créance est requise, elle aussi, dans le titre constitutif de l'hypothèque et dans l'inscription (art. **2132**); elle se réalisera par l'individualisation de la créance garantie [2].

Elle est requise d'abord dans le titre constitutif d'hypothèque. Si, comme il arrivera le plus souvent, l'hypothèque est consentie pour sûreté d'une dette de somme d'argent déterminée, l'acte constitutif devra en indiquer la cause et le montant.

Que si l'hypothèque est attachée à une obligation autre que celle de payer une somme d'argent déterminée, par exemple à une obligation de faire, il ne sera pas nécessaire d'en fixer la valeur pécuniaire dans l'acte constitutif, par convention et d'un commun accord, parce qu'il est possible d'individualiser la créance sans indiquer son chiffre. On dira, par exemple, que l'hypothèque est consentie pour sûreté de l'obligation que contracte le débiteur de marner tel domaine, d'enlever tous les matériaux qui se trouvent sur tel terrain.

Dans l'une et dans l'autre hypothèse, l'acte constitutif de l'hypothèque devra indiquer les modalités de la créance, s'il y en a, par exemple, le terme ou la condition dont elle serait affectée.

La sanction de la loi consiste dans la nullité de l'hypothèque.

1401. La spécialité quant à la créance hypothécaire doit en outre exister dans l'inscription. La loi l'y exige même avec plus de rigueur que dans l'acte constitutif, parce que l'inscription doit permettre aux tiers qui la consulteront de mesurer avec précision le crédit hypothécaire du débiteur. Pour cela, l'inscription devra toujours, quelle que soit la nature de la créance garantie, en indiquer le montant pécuniaire. Mais comment l'inscrivant fera-t-il cette indication, si la créance est indéterminée dans sa valeur, par exemple s'il s'agit d'une

(1) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 277, 5e éd. p. 470; Colmet de Santerre, IX, 96, 96 *bis*-I.

(2) V. Planiol, II, 2806.

dette de dommages-intérêts dont le montant n'est pas encore fixé? La loi dit que l'inscrivant évaluera le montant de la créance; et, comme il serait à craindre qu'il ne fît une évaluation dépassant la juste mesure, le débiteur, au crédit duquel cette évaluation exagérée porterait atteinte, aurait le droit d'en faire prononcer judiciairement la réduction.

1402. Tout ce que nous venons de dire sur la spécialité quant à la créance hypothécaire se lit péniblement entre les lignes dans l'art. **2132** :

« *L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que* » *la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et* » *déterminée par l'acte ; si la créance résultant de l'obligation* » *est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans* » *sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont* » *il sera parlé ci-après que jusqu'à concurrence d'une valeur* » *estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur* » *aura droit de faire réduire, s'il y a lieu* » (1).

Ce texte a été rédigé avec une négligence extrême, et, quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne, il est impossible de mettre d'accord l'une avec l'autre les deux parties dont il se compose. En effet la loi commence par dire que « l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est *certaine* et *déterminée* par l'acte ». *Certaine :* cela paraît exclure la possibilité de constituer une hypothèque valable pour les créances conditionnelles, qui sont incertaines quant à leur existence. *Déterminée :* donc, semble-t-il, on ne peut pas valablement constituer une hypothèque pour une créance indéterminée.

A plus forte raison cela paraît-il exclure la créance qui est à la fois incertaine quant à son existence et indéterminée

(1) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 80. — Italie, *C. civ.*, art. 1979. — Monaco, *C. civ.*, art. 1970. — Espagne, *L. hyp.*, art. 9. — Portugal, *C. civ.*, art. 911. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1727. — Tessin, *C. civ.*, art. 872-873. — Valais, *C. civ.*, art. 1896-1897. — Berne, *C. civ.*, art. 481. — Soleure, *C. civ.*, art. 843, 856 s. — Lucerne, L. de 1831, art. 5. — Glaris, *C. civ.*, 1re part. (1869), art. 99. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1221. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 117. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1776. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 199, 201. — Grèce, L. 11 avril 1836, art. 9, 17. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2044. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3277. — Haïti, *C. civ.*, art. 1899. — Chili, *C. civ.*, art. 2431.

dans son *quantum, v. g.* une rente viagère, la créance d'un assuré avant le sinistre prévu par le contrat. Eh bien! sur ces divers points, la loi se donne un démenti dans la partie finale de l'article, où elle autorise, moyennant certaines conditions il est vrai, la constitution d'hypothèque pour des créances conditionnelles et pour des créances indéterminées.

La loi n'exige pas alors que l'acte constitutif renferme l'indication de la somme pour sûreté de laquelle l'hypothèque est consentie; elle n'exige pas non plus que les parties conviennent d'une évaluation. La constitution d'hypothèque sera valable pourvu que la créance garantie soit spécifiée et qu'on indique les modalités dont elle est affectée. C'est seulement au moment où il requerra inscription que le créancier sera tenu d'évaluer le chiffre de sa créance. La disposition de l'art. 2132 se réfère donc plutôt à l'inscription qu'à la constitution de l'hypothèque. A ce titre, sa place était marquée dans l'art. 2148.

Ce n'est pas tout. La loi confondant dans une seule et même disposition le cas où l'hypothèque est constituée pour une créance conditionnelle et celui où elle l'est pour une créance indéterminée, dit que le créancier devra faire une évaluation de la créance dans l'inscription. Or, si on comprend parfaitement la nécessité de cette évaluation quand la créance est indéterminée, on n'en voit pas l'utilité, nous dirions volontiers la possibilité, quand la créance est conditionnelle et déterminée quant à son *quantum*. En effet, lorsque la créance est conditionnelle sans être indéterminée, le montant en est connu, seulement l'existence en est incertaine à raison de la condition à laquelle la créance est subordonnée. L'hypothèque attachée à une créance conditionnelle en garantira le paiement intégral si la condition se réalise; elle tombera dans le vide, si la condition ne se réalise pas. De quelle évaluation peut-il donc être question? La seule chose qui soit possible, c'est d'indiquer le chiffre de la créance et la modalité à laquelle elle est subordonnée quant à son existence [1].

[1] Pont, II, 702 et s.; Aubry et Rau, § 266, 4e éd. note 57, p. 277, 5e éd. note 57 *bis*, p. 470; Thézard, 70; Colmet de Santerre, IX, 99 *bis*-I à IV; Guillouard, II, 1017-1018; Huc, XIII, 230; Planiol, II, 2807-2808.

Si maintenant, laissant le texte de côté, on se demande, en se plaçant au point de vue rationnel, comment chacune des hypothèses qui viennent d'être examinées aurait dû être régie, nous dirons que, dans tous les cas, le législateur aurait dû exiger, dans l'acte constitutif de l'hypothèque et dans l'inscription tout à la fois, l'indication du montant de la créance et des diverses modalités dont elle peut être affectée. Au cas où la créance est indéterminée, l'évaluation en aurait été faite d'un commun accord entre les parties : ce qui eût été beaucoup plus simple que de dispenser, comme on l'a fait, les parties d'évaluer la créance dans l'acte constitutif, pour laisser au créancier le soin de faire l'évaluation dans l'inscription, sauf au débiteur à faire réduire ensuite cette évaluation, si elle est exagérée, comme il arrivera le plus souvent.

N° 2. Conditions de forme.

1403. Le contrat hypothécaire appartient à la famille des contrats *solennels :* la forme y est prescrite à peine de nullité et même d'inexistence du contrat, *forma dat esse rei.* Cela résulte invinciblement de la définition contenue en l'art. **2117** : « L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des con-
» ventions, ET DE LA FORME EXTÉRIEURE DES ACTES ET DES CONTRATS ». La convention des parties ne suffit donc pas pour établir un droit d'hypothèque : il faut que cette convention soit constatée dans la forme prescrite par la loi; autrement elle n'a pas d'existence légale. C'est ce que dit aussi l'art. **2127**, qui nous apprend en même temps en quoi consiste la solennité du contrat hypothécaire :

« *L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que* » *par un acte passé en forme authentique devant deux notaires* » *ou devant un notaire et deux témoins* » (1).

(1) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 76. — Italie, *C. civ.*, art. 1976, 1978. — Monaco, *C. civ.*, art. 1965. — Espagne, *L. hyp.*, art. 3, 146 ; *Règl.*, art. 94, 106. — Portugal, *C. civ.*, art. 912. — Fribourg, *C. civ.*, art. 656, 658. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1727. — Tessin, *C. civ.*, art. 862. — Valais, *C. civ.*, art. 1890. — Soleure, *C. civ.*, art. 954. — Lucerne, L. de 1831, art. 3. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1217. — Suède, Ord. 16 juin 1875, art. 1, *Ann. de législ. étr.*, V, p. 814. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1772. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 199. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 19. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2040. — Illinois, *Act* 29 mars 1872, art. 1. 11, *Ann. de*

1404. En exigeant un acte authentique pour donner naissance à une hypothèque conventionnelle, le code a confirmé une règle que notre ancienne jurisprudence avait établie [1] malgré la solution contraire du droit romain, quoique le créancier porteur d'un titre authentique y fût préféré au créancier porteur d'un acte sous seing privé [2], que les lois du 9 messidor an III (art. 17), et du 11 brumaire an VII (art. 4) avaient respectée. Dans notre ancien droit, elle se rattachait aux principes relatifs à la translation de la propriété immobilière et des droits réels [3]. On y décidait en effet que les contrats générateurs d'obligations ne transféraient par eux-mêmes ni la propriété, ni un démembrement de la propriété, ni un droit réel quelconque. Ce transfert ne pouvait résulter que d'une tradition réelle ou d'une clause de tradition feinte stipulée en exécution du contrat. L'hypothèque, par sa nature même, excluait toute idée de tradition réelle ; le débiteur conservait en effet la possession de l'immeuble hypothéqué. Or les clauses de tradition feinte ne pouvaient être insérées que dans un acte revêtu de la formule exécutoire, spécialement dans les actes par devant notaire [4]. Par conséquent, l'hypothèque ne pouvait être constituée que par acte notarié. Nous avons déjà dit que toute obligation constatée par un acte notarié était, de plein droit, garantie par une hypothèque générale frappant les immeubles présents et à venir du débiteur. A l'origine, toutefois, cette règle n'était vraie que pour les actes dressés par les notaires royaux ou par les notaires des justices subalternes [5]. Il en était autrement des

législ. étr., II, p. 73. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3272. — Mexico, *C. civ.*, art. 1979. — Haïti, *C. civ.*, art. 1894. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3128. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2279. — Chili, *C. civ.*, art. 2409.

(1) Cette règle y comportait cependant quelques exceptions, dont le Tiers avait demandé la suppression aux Etats de 1614.

(2) L. 11, C., *Qui potior in pign.* (VIII, 18).

(3) Cpr. Basnage, *Des hyp.*, ch. XII; Pothier, *De l'hyp.*, n. 10.

(4) V. notamment Cout. d'Orléans, art. 278. — Ce ne semble pas cependant avoir été une condition *sine quâ non;* car Pothier (*Vente,* 321) se contente d'un acte sous seing privé ayant acquis date certaine. Bufnoir, *Propriété et contrat,* p. 42.

(5) Ils ne pouvaient instrumenter que dans le ressort de la justice où ils étaient reçus. Par exception, les notaires du Châtelet de Paris, de Montpellier et d'Orléans avaient le droit de passer des actes par tout le royaume.

actes dressés par les notaires apostoliques, qui, institués par la seule autorité ecclésiastique, étaient des officiers purement ecclésiastiques, n'avaient pas autorité sur les choses temporelles et ne pouvaient pas recevoir de contrats hypothécaires. Mais lorsque le roi institua des notaires royaux apostoliques, il leur conféra une autorité nouvelle. L'édit de décembre 1691 décide formellement, dans son art. 2, que les actes par eux reçus produiront hypothèque de la même manière et sous les mêmes conditions que les actes des autres notaires royaux.

Dans les coutumes de nantissement on exigeait, conformément à ces principes, que le nantissement eût été fait en observant les formalités prescrites par la coutume.

1405. Le code a repoussé le principe de notre ancienne jurisprudence sur la translation de la propriété et des autres droits réels. Il décide que la propriété se transfère par le seul consentement des parties (art. 711 et 1138), et que les conventions verbales ou sous signatures privées produisent le même effet que les conventions constatées par un acte authentique (art. 1582).

Néanmoins, il a conservé, pour les actes constitutifs d'hypothèque conventionnelle, la règle de notre ancienne jurisprudence et il exige un acte notarié.

1406. Quels sont les motifs qui l'ont déterminé à décréter la solennité du contrat d'hypothèque? Notre législateur semble s'être inspiré tout d'abord d'une pensée de protection pour le débiteur : la présence du notaire, qui dresse l'acte constitutif de l'hypothèque, est une garantie contre les surprises dont le débiteur pourrait être la victime ; elle l'avertit en même temps de la gravité de l'acte qu'il va accomplir, et lui permet de se renseigner exactement sur les conséquences qu'il entraînera.

D'autre part, cette prescription s'explique par des considérations du plus haut intérêt pratique et qui la rattachent ainsi à l'intérêt public. Le code civil, après bien des hésitations et des discussions approfondies, allait consacrer un système hypothécaire contraire à des habitudes séculaires ; il s'inspirait de la loi récente du 11 brumaire an VII, dont les

dispositions étaient encore assez peu connues. Dans de pareilles conditions, il y aurait eu des inconvénients graves à permettre aux parties d'être les ministres de leur propre volonté. Il était à craindre qu'elles ne se rendissent pas un compte exact de la règle de la spécialité et de ses conséquences; elles étaient exposées ainsi à commettre des erreurs : elles n'auraient pas respecté les prescriptions de la loi et beaucoup de constitutions d'hypothèques auraient été frappées de nullité. Obliger les parties à recourir à un notaire, c'est les protéger contre les erreurs, c'est prévenir les plaintes qu'aurait justifiées la nouvelle législation, si elle avait donné lieu à un trop grand nombre de surprises et d'annulations. Ce motif ne présente peut-être qu'un intérêt transitoire; il s'applique cependant encore aujourd'hui; car notre législation hypothécaire est ignorée d'un grand nombre de personnes et donne naissance aux difficultés les plus délicates.

Enfin, il importe que les registres du conservateur des hypothèques ne soient pas surchargés d'inscriptions prises sans droit. Il est donc nécessaire qu'elles ne soient requises qu'en vertu de titres présentant de sérieuses garanties de régularité et de sincérité, au moins quant aux signatures qui leur donnent leur force. L'acte notarié offre à cet égard des avantages qu'on ne rencontre pas dans les actes sous seing privé.

Telles sont les considérations par lesquelles on essaie de justifier l'anomalie que la solennité du contrat d'hypothèque introduit dans notre législation : il est permis de vendre un immeuble ou de le grever de servitude par acte sous seing privé, et il faut un acte authentique pour le grever valablement d'une hypothèque [1]!

1407. D'après l'art. **2127**, la rédaction d'un acte authentique n'est exigée que pour l'acte par lequel l'hypothèque est consentie, c'est-à-dire constituée. Elle n'est donc pas requise lorsqu'il s'agit d'une simple promesse d'hypothèque. Dans ce cas, le débiteur ne consent pas actuellement une hypothèque, il s'engage seulement à la constituer ultérieurement. Une

[1] V. Beudant, II, 646.

pareille promesse peut résulter d'un acte sous seing privé, même d'une lettre missive [1]. On exige, quoique la solution puisse paraître douteuse, qu'elle soit assez précise pour permettre de déterminer la somme à garantir et les immeubles qui doivent être grevés [2]. Elle engage le promettant, elle l'oblige à faire, c'est-à-dire à constituer une hypothèque dans les formes et les conditions déterminées par la loi. Le créancier aura donc le droit de poursuivre l'exécution de cette promesse. En cas de refus, il s'adressera à la justice. On peut cependant objecter que le débiteur devrait jouir dans tous les cas de la même protection et que l'intervention du notaire a même raison d'être [3]. Mais il nous semble que l'art. **2127**, étant exceptionnel, ne saurait être étendu à la promesse d'hypothèque dont il ne parle pas.

1407 I. Les tribunaux ne pourraient pas décider qu'à défaut, par le promettant, de constituer l'hypothèque dans le délai à lui imparti, le jugement tiendra lieu d'acte constitutif. Ils jouissent bien de ce pouvoir quand il s'agit d'un contrat purement consensuel ; ils peuvent ordonner dans ce cas que, faute par le débiteur de passer acte dans un certain délai, le jugement en tiendra lieu. Ils n'ont pas le même droit en notre matière. Le motif de la différence est sensible. Dans le premier cas, l'acte n'est qu'un moyen de preuve ; le jugement peut le remplacer. Dans le second cas, au contraire, le contrat est solennel, la rédaction d'un acte notarié est une condition essentielle, en l'absence de laquelle il n'y a pas de convention hypothécaire aux yeux de la loi ; le jugement ne peut pas suppléer à cette condition, il n'est pas un acte notarié [4].

[1] Troplong, II, 437 *bis ;* Martou, III, 983 *bis ;* Pont, II, 658 ; Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 981, note 2 et *Mélanges*, I, p. 384, note 2 ; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 275, 5e éd. p. 465 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 179, § 800, note 4 ; Laurent, XXX, 453 ; Thézard, 58 ; Thiry, IV, 503 ; Guillouard, II, 1008 ; de Vareilles-Sommières, *Synt. du dr. int. privé*, II, 1043 ; Lepinois, IV, 1459 ; Huc, XIII, 211. — Pau, 16 juill. 1852, D., 54. 2. 205, S., 52. 2. 417. — Req., 5 nov. 1860, D., 61. 1. 301, S., 61. 1. 858. — Cpr. Civ. rej., 27 août 1844, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1258, S., 44. 1. 740.

[2] V. Lepinois, IV, 1460.

[3] Cpr. Trib. civ. Langres, 31 déc. 1897, *Gaz. des Trib.*, 15 avril 1898.

[4] Arntz, IV, 1808 ; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 252 ; Huc, XIII, 211. — Paris, 14 déc. 1893, *Gaz. des Trib.*, 23 déc. 1893. — *Contra* Thiry, IV, 503.

Il n'y a donc alors qu'une obligation de faire qui demeure inexécutée ; les tribunaux condamneront le débiteur à réaliser son engagement et, faute par lui de ce faire, à des dommages-intérêts, notamment au remboursement immédiat de la dette que l'hypothèque était destinée à garantir. Le créancier jouira, pour l'exécution de ce jugement, de tous les avantages accordés par la loi ; il aura notamment le droit de se prévaloir de l'hypothèque judiciaire (1).

1407 II. Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'à la promesse d'hypothèque. Si les parties avaient voulu faire par acte sous-seing privé une véritable constitution d'hypothèque, celle-ci serait nulle ou même inexistante (2) ; la constitution d'hypothèque est un contrat solennel ; en l'absence des formes ordonnées par la loi, elle ne saurait exister.

1408. Pour le même motif, il n'est pas nécessaire que l'obligation pour sûreté de laquelle l'hypothèque est constituée soit constatée par un acte authentique, si elle résulte d'un acte distinct. L'art. **2127** est exceptionnel ; en principe, les contrats sont consensuels ; la loi déroge à cette règle pour l'acte constitutif d'hypothèque ; elle n'y déroge pas pour l'acte d'obligation ; celui-ci reste donc soumis aux principes du droit commun, il peut parfaitement être rédigé sous signature privée (3). La créance peut même être constatée par un titre à ordre ou au porteur et la transmission de la créance emporte transmission de l'hypothèque (4).

Alors les énonciations qui constituent la spécialité soit quant au gage hypothécaire (art. **2129**), soit quant à la créance

(1) Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1849, VI, p. 981 et *Mélanges*, I, p. 384-385 ; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 275, 5e éd. p. 466.

(2) Pont, II, 658. — Civ. rej., 27 août 1844, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1258, S., 44. 1. 740.

(3) Persil, I, sur l'art. 2127, VII ; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 274. 5e éd. p. 462 ; Guillouard, II, 991 ; Lepinois, IV, 1441.

(4) Beudant, *Note* dans D., 78. 1. 241 ; Pascaud, *Rev. crit.*, 1878, *Nouv. sér.*, VII, p. 705 s. ; Gillard, *Constit. hyp. convent.*, 219 s. ; Guillouard, II, 1003. — Bordeaux, 18 mars 1852, D., 52. 2. 280, S., 52. 2. 321. — Alger, 7 mai 1870, D., 71. 2. 1, S., 71. 2. 105. — Paris, 15 mai 1878, D., 82. 1. 108. — Paris, 3 juill. 1897, *Gaz. du Pal.*, 97. 2. 474. — Rapp. Civ. cass., 8 mai 1878, D., 78. 1. 241.

garantie par l'hypothèque [1] (art. 2132), doivent nécessairement figurer dans l'acte constitutif de l'hypothèque.

Le plus souvent un seul et même acte notarié constatera tout à la fois la créance et l'hypothèque : par exemple, si je vous emprunte de l'argent sur hypothèque, un même acte notarié pourra constater le prêt et l'hypothèque que je consens pour sa sûreté. L'art. 2129 al. 1 fait allusion à l'une et à l'autre de ces deux hypothèses, lorsqu'il exige que la désignation spéciale de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués figure, *soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur* [2].

De même, lorsque l'obligation pour sûreté de laquelle l'hypothèque a été constituée est indéterminée ou éventuelle, il n'est pas nécessaire que l'acte qui en opère la liquidation et en fixe le montant soit un acte authentique ; il peut sans difficulté être rédigé sous seing privé [3]. Ainsi en est-il notamment pour l'hypothèque qui garantit une ouverture de crédit [4].

1409. Un acte authentique quelconque ne suffit pas : l'art. 2127 exige un acte passé devant deux notaires ou un notaire et deux témoins. Ainsi le procès-verbal dressé par le juge de paix en bureau de conciliation est certainement un acte authentique ; il ne peut cependant pas contenir valablement une constitution d'hypothèque (arg. art. 54 Pr. civ.). Il n'est pas un acte notarié. Le notaire est le seul officier public compétent pour recevoir et constater les contrats d'hypothèque [5].

Mais si un acte notarié est indispensable, un acte notarié *ordinaire* suffit pour la validité du contrat hypothécaire, l'art. 2117 n'est q'une application pure et simple de l'art. 9

[1] Civ. cass., 1er déc. 1852, D., 54. 1. 275, S., 54. 1. 93. — Cpr. Req., 7 déc. 1880, D., 81. 1. 312.

[2] Chili, *C. civ.*, art. 2409.

[3] Merlin, *Rép.*, vo *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 6, n. 4 ; Persil, I, sur l'art. 2127, VII ; Troplong, II, 508 ; Grenier, I, 29 ; Pont, II, 660.

[4] *Supra*, II, 1285.

[5] Pont, II, 662 ; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 273, 5e éd. p. 460 ; Thézard, 59 ; Guillouard, II, 999 ; Planiol, II, 2760. — Rennes, 12 août 1814, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 1270.

du 25 ventôse an XI [1]. On en a conclu que la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires n'était pas requise au moment de la lecture et de la signature en vertu de la loi du 21 juin 1843. Aujourd'hui que l'art. 9 de la loi de l'an XI a été modifié par la L. du 12 août 1902, nous en concluons que l'acte constitutif d'une hypothèque peut être reçu par un seul notaire, sans assistance de témoins [2].

Bien entendu, l'acte notarié qui constate la convention d'hypothèque doit être valable comme acte notarié. S'il était nul pour l'une des causes indiquées en l'art. 1318, la convention d'hypothèque serait inexistante, alors même que l'acte serait signé des parties. L'art. 1318 dit, il est vrai, que l'acte vaut alors comme écriture privée; mais cela signifie simplement que les parties se trouvent dans la même situation que si elles avaient fait un acte sous signature privée; or la convention d'hypothèque constatée par un acte sous signature privée est inexistante.

L'étendue de l'hypothèque ne peut être réglée que par un acte notarié [3].

1410. L'enregistrement de l'acte notarié qui renferme la convention d'hypothèque est-il nécessaire pour la validité de cette convention? La question était fort intéressante dans notre ancienne jurisprudence, où toutes les obligations constatées par acte notarié étaient garanties par une hypothèque générale et où le rang entre les créanciers hypothécaires était déterminé par la date des contrats. Un édit de Henri III de juin 1581, portant création d'un bureau de contrôle des actes extrajudiciaires en chaque siège royal, subordonne l'acquisition du droit d'hypothèque à la condition que l'acte notarié d'obligation sera enregistré dans un délai de deux mois (art. 6); mais il décide en même temps (art. 6) que cet

[1] Aubry et Rau, § 266, texte et note 40, III, 4e éd. p. 272, 5e éd. p. 460; Thézard, 57; Colmet de Santerre, IX, 94 *bis*-I à III; Guillouard, II, 972 à 977, 988-989; Huc, XIII, 210; Beudant, II, 648; Planiol, II, 2762.

[2] Baudry-Lacantinerie et Barde, III, 2164 et les autorités citées.

[3] Pont, II, 656; Aubry et Rau, § 266, note 41, III, 4e éd. p. 272, 5e éd. p. 460; Guillouard, II, 998. — Civ. cass., 1er déc. 1852, D., 54. 1. 276, S., 54. 1. 93. — Req., 12 avril 1892, D., 93. 1. 503.

enregistrement rétroagira à la date du contrat (Voy. aussi édit d'Henri IV de juin 1606). Mais à la suite de transactions diverses et particulières, cet édit se réduisit à une simple mesure fiscale, et la règle que nous en avons déduite ne fut pas appliquée, si ce n'est toutefois en Normandie, où l'édit, malgré sa révocation en 1588, fut reçu en exécution d'une déclaration de 1606 (1). Une tentative faite par Louis XIV en mars 1693 ne fut pas beaucoup plus efficace. Par des négociations diverses, plusieurs villes, plusieurs provinces, notamment la Flandre, le Hainaut, le Cambrésis, l'Artois, l'Alsace et la ville de Paris obtinrent soit gratuitement, soit moyennant finances d'être affranchies de cette règle.

La loi du 5 décembre 1790 relative à l'organisation de l'enregistrement la consacra de nouveau par son art. 9 et la généralisa. Elle décidait que, « à défaut d'enregistrement dans les » délais, un acte passé devant notaires *ne pourra valoir que* » *comme acte sous seing privé* ». Il résultait nécessairement de cette disposition que l'obligation constatée par un acte notarié non enregistré n'était garantie (2) par aucune hypothèque. Mais, bien que l'opinion contraire compte des partisans (3), nous n'hésitons pas à penser que cette loi a été abrogée par l'art. 73 de la loi du 22 frimaire an VII (4). En outre, l'art. 33 de cette dernière loi se contente de condamner à une amende et au paiement du droit le notaire qui n'a pas fait enregistrer un acte dans le délai : bien différent de l'art. 34 relatif aux actes des huissiers, il ne prononce pas dans ce cas

(1) V. Basnage, *Des hyp.*, I, chap. XII. On soutenait même qu'un acte sous seing privé emportait hypothèque s'il était contrôlé. On décidait qu'une obligation sous seing privé donnait hypothèque du jour du décès du débiteur, même en l'absence de toute reconnaissance ou contrôle.

(2) Civ. rej., 7 déc. 1807, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1284, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II. 1. 457. — Bourges, 17 mai 1827, S., 29. 2. 109.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Enreg.*, § 4 et v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 6, n. 4; Grenier, I, 17.

(4) Favard de Langlade, v° *Acte notarié*, § 1, n. 3; Rolland de Villargues, *Jurisp. du not.* (1828), p. 147; Troplong, II, 507 (V. dans Troplong, la démonstration détaillée de cette solution); Pont, II, 664; Aubry et Rau, § 266, texte et note 47, III, 4e éd. p. 274, 5e éd. p. 461-462; Guillouard, II, 990; Huc, XIII, 210. — Toulouse, 12 déc. 1835, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1285, S., 36. 2. 432. — Cpr. Req., 23 janvier 1810, S., 10. 1. 126. — Bourges, 17 mai 1827, *J. G.*, v° *Contr. de mar.*, 251, S., 29. 2. 109.

la nullité de l'acte. Cette disposition n'avait plus d'ailleurs de raison d'être. Elle s'expliquait et se justifiait même sans peine sous l'empire d'une législation dans laquelle le rang des hypothèques était déterminé par la date des contrats; elle ne se concevait plus sous le régime de publicité organisé par les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII. L'ordre de préférence est alors réglé par l'ordre des inscriptions.

Le code ayant emprunté ce principe aux lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII, il n'y avait pas de motif pour faire revivre la disposition de la loi de 1790. Aussi faut-il décider que l'enregistrement n'est pas nécessaire pour la validité des conventions d'hypothèques. L'art. 2127 ne l'exige pas.

1411. L'acte constitutif d'hypothèque peut être rédigé en brevet. La gravité de cette convention justifierait, en législation, une exigence plus rigoureuse [1], ainsi que cela a lieu en Belgique. On comprendrait très bien une disposition, aux termes de laquelle il devrait en être conservé minute. La prudence conseillera aux parties de recourir à cette sage précaution. Mais l'art. 2127 ne l'exige pas; et si les rédacteurs du code avaient voulu imposer cette formalité, ils n'auraient pas manqué de s'en expliquer formellement, comme ils l'ont fait dans l'art. 931 pour les actes portant donation [2].

En vain on objecte qu'aux termes des art. 20 et 68 L. 25 ventôse an XI, les notaires sont obligés de garder minute des actes qu'ils reçoivent, et ce à peine de nullité [3]. La réponse se trouve dans l'art. 20 lui-même; la règle qu'il édicte n'est pas absolue; elle comporte des exceptions, car le texte ajoute: « ne sont néanmoins compris dans cette disposition les actes » simples qui, d'après la loi, peuvent être délivrés en brevet ». Tel est précisément l'acte constitutif d'hypothèque; l'art. 2148 al. 1 ne permet guère d'en douter; on y lit en effet que les parties représenteront au conservateur « *l'original en brevet* » ou une expédition authentique du jugement et de l'acte... »; or les jugements étant toujours rédigés en minute, les mots

[1] V. *Observations* de la Faculté de Caen, *Documents sur la réforme hypothécaire*, III, 490.

[2] Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 83. — Thiry, IV, 502, 525; Lepinois, IV, 1437.

[3] Duranton, XIX, 357, XX, 98; Martou, III, 1057.

« l'original en brevet » ne peuvent s'appliquer qu'aux actes notariés constitutifs d'hypothèques [1].

1412. La jurisprudence va même plus loin : elle admet la validité de la constitution d'hypothèque faite par un acte sous seing privé, lorsque cet acte a été reconnu devant notaire ou lorsqu'il a été déposé par le débiteur entre les mains d'un notaire qui en a régulièrement constaté le dépôt soit en la présence, soit en l'absence du créancier.

Cette jurisprudence n'est pas discutable, si l'acte de reconnaissance ou de dépôt dressé par le notaire relate dans tous ses détails la convention d'hypothèque ; c'est alors véritablement un acte constitutif et, comme il a été reçu par un notaire conformément à l'art. 2127, sa validité ne peut pas être révoquée en doute.

La solution paraît moins certaine, si le notaire s'est borné à dresser procès-verbal de la reconnaissance faite devant lui ou du dépôt effectué au rang de ses minutes. Cette question s'était posée dans notre ancienne jurisprudence et Pothier la résolvait dans le même sens que la jurisprudence contemporaine. « Les actes sous signature privée, dit-il [2], lorsqu'ils » sont déposés chez un notaire et reconnus par les parties » qui les ont souscrits, produisent hypothèque du jour de » l'acte de reconnaissance qu'en dresse le notaire ; car, quoi- » que les actes sous signature privée ne soient par eux-mêmes » munis d'aucune autorité publique qui puisse produire » l'hypothèque, ils le deviennent par l'acte de reconnaissance » qui en est fait par devant notaire ». Il résulte de ce passage que, dans notre ancienne jurisprudence, l'obligation constatée par un acte sous signature privée déposé chez un notaire jouissait des mêmes garanties qu'une obligation notariée. Il

(1) Rolland de Villargues, v° *Brevet*, n. 11 et 12 ; Sébire et Carteret, *Encyclop.*, eod. v°, n. 11 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 178, § 800, note 2 ; Aubry et Rau, § 266, texte et note 46, III, 4e éd. p. 273, 5e éd. p. 461 ; Pont, II, 665 et 942 ; Taulier, VII, p. 261 ; Lyon-Caen, *Note* dans S., 71. 2. 105 ; Laurent, XXX, 432 ; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 214 ; Guillouard, II, 989 ; Lepinois, IV, 1447 ; Huc, XIII, 210 ; Beudant, II, 648 ; Planiol, II, 2762 ; Surville, II, 648. — Alger, 7 mai 1870, D., 71. 2. 1, S., 71. 2. 105.

(2) Pothier, *De l'hyp.*, n. 19. — V. aussi Pothier, *Cout. d'Orléans*, Introd. au tit. XX, n. 13 ; Basnage, *Des hyp.*, ch. XII.

en résulte que ces deux cas devaient être assimilés. Sans doute, jadis, toute obligation notariée était garantie par une hypothèque générale, tandis que, sous le code, l'hypothèque ne peut résulter que d'une stipulation formelle et doit être spéciale. Mais qu'importe cette différence? Il nous suffit d'avoir prouvé par l'autorité de Pothier que, par le dépôt, l'acte sous seing privé se transforme en acte notarié. Ne sommes-nous pas autorisés à en conclure que la stipulation d'hypothèque se trouve ainsi validée?

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que les rédacteurs du code aient eu la volonté de rompre sur ce point avec les traditions de notre ancienne jurisprudence. Or, il n'en a pas été ainsi. Les travaux préparatoires en fournissent la preuve. La question fut en effet soulevée dans la séance du conseil d'Etat du 5 ventôse an XII [1]. Duchatel demanda « qu'on » attribue à la reconnaissance de la signature, lorsqu'elle est » faite devant notaires, la même force que lorsqu'elle est » faite en jugement ». Berlier répondit qu'il n'y avait pas de motif d'adopter cette proposition, parce que « s'il s'agit » d'un titre sous seing privé que toutes les parties intéressées » aient porté à un notaire pour lui donner la forme authen- » tique par la transcription, l'annexe ou une nouvelle rédac- » tion, l'article en discussion suffit; car l'acte notarié donne » ouverture à l'hypothèque, et dès ce moment elle peut être » acquise, en observant les formalités prescrites par la loi ». Puis le débat fut clos par cette observation de Treilhard, dans laquelle on ne perçoit plus aucun souvenir de la règle ancienne qui attachait une hypothèque à toute acte notarié : « Les actes sous seing privé ainsi reconnus deviennent des » actes devant notaires, pourvu que la reconnaissance ait » lieu de la part de ceux contre lesquels ils font preuve ». Cette transformation est en effet la conséquence des faits accomplis par les parties. En déposant l'acte dans les minutes d'un notaire, elles en reconnaissent la sincérité, elles l'approuvent, elles l'annexent à l'acte notarié de dépôt avec lequel il ne forme plus qu'un tout indivisible et de la nature

[1] Fenet, XV, p. 360; Locré, XVI, p. 254.

duquel il devient ainsi participant. La convention d'hypothèque est dès lors constatée par un acte notarié, comme l'exige l'art. 2127; elle se trouve par suite validée.

Mais pour que l'acte produise cet effet, il faut que le dépôt ait été effectué par celui dont la volonté doit être constatée en la forme authentique pour donner naissance à l'hypothèque. Treilhard le faisait justement observer au conseil d'Etat. Il faut donc que le dépôt soit fait par les deux parties ou par le débiteur soit en présence, soit en l'absence du créancier (1). S'il était effectué par le créancier seul, il ne constaterait pas authentiquement le consentement du débiteur à la constitution d'hypothèque ; celle-ci resterait donc inexistante (2); toutefois si le créancier avait agi en qualité de mandataire du débiteur, l'hypothèque pourrait être validée ; il serait indispensable, à notre avis, que ce mandat fût constaté par acte notarié ; sans cela le consentement du débiteur n'aurait pas été donné dans les formes exigées par la loi et l'acte resterait destitué de toute efficacité au point de vue de l'hypothèque (3).

1412 I. Il semble résulter des explications précédentes que l'absence d'acte notarié ou la nullité de l'acte dressé entraîne l'inexistence de l'hypothèque, que ce vice ne peut pas être réparé et que, pour faire naître le droit, il faudra faire une

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 6; Persil, I, sur l'art. 2127, IV; Grenier, I, 67-68; Duranton, XIX, 361; Pont, II, 661; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 273, 5e éd. p. 460; Larombière, *Des oblig.*, V, sur l'art. 1317, n. 40; Thézard, 58-4°; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 228; Guillouard, II, 995; Huc, XIII, 211; Beudant, II, p. 132, note 1; Planiol, II, 2173. — Civ. rej., 11 juill. 1815, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1245, S., 15. 1. 336. — Req., 25 fév. 1824, *J. G.*, eod. v°, 1247, Dev. et Car., *Coll. nouv*, VII. 1. 403. — Civ. rej., 15 fév. 1832, *J. G.*, v° *Succ.*, 1361, S., 32. 1. 790. — Paris, 5 déc. 1885, D., 87. 2. 55, et sur pourvoi Civ. rej., 3 déc. 1889, D., 90. 1. 105, S., 91. 1. 525. — V. aussi Paris, 5 déc. 1887, D., 89. 2. 185. — Poitiers, 4 déc. 1899, S., 03. 2. 247. — Rapp. Req., 4 août 1864, D., 64. 1. 437, S., 64. 1. 401, qui décide qu'une simple prorogation de délai accordée par le créancier ne saurait valider l'hypothèque nulle pour violation de l'art. 2127. — *Contra* Delvincourt, III, p. 159; Bugnet sur Pothier, *De l'hyp.*, n. 19; Colmet de Santerre, IX, 95 *bis*-IV.

(2) Pont, II, 661; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 273, 5e éd. p. 461; Guillouard, II, 996. — Metz, 24 mars 1819, *J. G.*, v° *Oblig.*, 3228, S., 19. 2. 332. — Cpr. Req., 4 août 1864, D., 64. 1. 437, S., 64. 1. 401.

(3) Pont, *loc. cit.* — *Contra* Caen, 22 juin 1824, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1246.

convention nouvelle dans les formes déterminées par la loi (arg. art. **1340**) [1].

Cependant nous avons décidé que le dépôt de l'acte sous seing privé au rang des minutes d'un notaire validait la constitution d'hypothèque. La logique nous conduit à admettre que le vice qui entache l'acte notarié et en entraîne la nullité est susceptible de s'effacer par une confirmation de l'hypothèque faite dans la forme légale de l'art. **2127**. Mais cette confirmation ne saurait nuire aux tiers (arg. art. **1338**) ; elle ne validerait donc pas l'inscription prise en vertu de l'acte nul [2].

Il nous paraît certain que l'hypothèque ne pourrait alors être validée par une reconnaissance en justice de l'acte sous seing privé constitutif ; l'hypothèque conventionnelle doit être établie par un acte notarié ; mais cette reconnaissance faite en justice pourrait engendrer une hypothèque judiciaire sous les conditions que nous avons déterminées [3].

1413. La volonté du constituant (nous désignons sous ce nom celui qui consent l'hypothèque) devant nécessairement être constatée par acte notarié, il s'ensuit que, s'il veut se faire représenter par un mandataire, la procuration devra, à peine de nullité, être spéciale et notariée [4]. En effet, c'est alors dans la procuration qu'il exprime sa volonté d'hypothéquer, et cette volonté ne serait pas manifestée dans la forme voulue par la loi, si la procuration n'était pas notariée. L'authenticité du consentement est l'élément essentiel de toute affectation hypothécaire. Cette solution trouve un point d'ap-

(1) Laurent, XXX, 437 et 447 ; Lepinois, IV, 1439 ; Huc, XIII, 213.

(2) Martou, III, 985 ; Guillouard, II, 1005-1007 ; Huc, XIII, 213. — Riom, 31 juil. 1850, D., 52. 2. 222, S., 51. 2. 698. — Civ. rej., 7 fév. 1854, D., 54. 1. 49, S., 54. 1. 322. — *Contra* Labbé, *Note* dans S., 81. 1. 441 ; Gillard, *Const. hyp. convent.*, 250. — Pau, 16 mars 1893, S., 93. 2. 125.

(3) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 273, 5e éd. p. 461 ; Guillouard, II, 997. — Toulouse, 18 déc. 1816, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 1720-2o, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V. 2. 215. — Cpr. Pont, II, 656 ; Martou, III, 982 *bis*. — Civ. cass., 1er déc. 1852, D., 54. 1. 275, S., 54. 1. 93.

(4) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 76. — Espagne, *L. hyp.*, art. 140 et 141. — Le grand conseil de Berne a interprété (2 fév. 1884) l'art. 2127 en ce sens qu'il suffit d'un mandat sous seing privé, *Ann. de législ. étrang.*, XIV, p. 564. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1217. — Mexico, *C. civ.*, art. 1983.

pui très résistant dans l'art. 2 de la L. du 21 juin 1843 et dans l'art. 9 de la L. du 25 ventôse an XI modifié par la L. du 12 août 1902, qui soumettent les procurations aux mêmes solennités que l'acte.

L'art. 69 ajouté à la loi du 24 juillet 1867 par l'art. 6 de la loi du 1er août 1893 confirme implicitement cette solution.

La doctrine se prononce généralement en faveur de cette opinion (1) et, après quelques hésitations, la jurisprudence paraît aujourd'hui définitivement fixée en ce sens (2).

1414. La jurisprudence a eu, dans ces dernières années et avant la loi du 1er août 1893, l'occasion de faire l'application de ces principes aux immeubles appartenant à une société commerciale. Les règles seraient les mêmes pour les immeubles acquis par une société civile, si, avec la dernière jurisprudence (3), on reconnaît à ces sociétés la qualité de

(1) Grenier, I, 68; Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 6; Taulier, VII, p. 260; Mourlon, *Transcr.*, 1006; Ducruet, p. 40; Merville, *Rev. prat.*, 1856, II, p. 97; Pont, I, 470, II, 657; Aubry et Rau, § 266, texte et note 49, III, 4e éd. p. 274, 5e éd. p. 462; Laurent, XXX, 447; Colmet de Santerre, IX, 94 *bis*-V; Thézard, 58-2°; Labbé, *Note* dans S., 81. 1. 441; Gillard, *Constit. hyp. conv.*, 231; Guillouard, II, 992; Huc, XIII, 210; Beudant, II, 650; Planiol, II, 2776. — *Sic* Démètre Alexandresco, *Dr. anc. et mod. de la Roumanie*, p. 457, note 1. — *Contra* Persil, I, sur l'art. 2127, VI; Battur, I, 168; Duranton, XIX, 357 *bis;* Troplong, I, 510; Marcadé, *Rev. crit.*, 1852, II, p. 199 s.; Pascaud, *Rev. crit.*, 1882, *Nouv. sér.*, XI, p. 157 s.

(2) Riom, 31 juil. 1851, D., 52. 2. 222, S., 52. 2. 698. — Civ. rej., 7 fév. 1854, D., 54. 1. 49, S., 54. 1. 322. — Civ. cass., 12 nov. 1855, D., 55. 1. 433, S., 56. 1. 254. — Amiens, 9 avril 1856, D., 57. 2. 20, S., 56. 2. 333. — Toulouse, 9 juil. 1859, D., 59. 2. 201, S., 59. 2. 407. — Req., 19 janv. 1864, D., 64. 1. 292, S., 64. 1. 221. — Bordeaux, 26 avril 1864, D., 64. 2. 220, S., 64. 2. 262. — Amiens, 24 fév. 1880, S., 82. 2. 198. — Paris, 7 août 1880, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 845, S., 81. 2. 93. — Req., 15 nov. 1880, D., 81. 1. 118, S., 81. 1. 253. — Req., 27 juin 1881, D., 82. 1. 175, S., 81. 1. 441. — Civ. cass., 29 juin 1881, D., 82. 1. 106, S., 83. 1. 218, et sur renvoi Orléans, 11 mai 1882, D., 83. 5. 288. — Civ. cass., 23 déc. 1885, D., 86. 1. 97, S., 86. 1. 145. — Req., 24 mai 1886, D., 87. 1. 222, S., 86. 1. 247. — Paris, 5 déc. 1887, D., 89. 2. 185. — Civ. rej., 29 janv. 1895, D., 95. 1. 430, S., 95. 1. 73. — V. aussi Civ. rej., 3 déc. 1889, D., 90. 1. 105, S., 91. 1. 525. — *Contra* Req., 27 mai 1819, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1264, S., 19. 1. 324. — Caen, 22 juin 1824, *J. G*, eod. v°, 1246. — Req., 5 juill. 1827, *J. G.*, v° *Lois*, 436, S., 28. 1. 105. — Rennes, 9 août 1854, cassé par Civ. cass., 12 nov. 1855, cité *supra*. — Trib. civ. Langres, 31 déc. 1897, *Gaz. des Trib.*, 15 avril 1898.

(3) Req., 23 fév. 1891, D., 91. 1. 337, S., 92. 1. 73. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, 331 *bis*.

personnes morales. Nous nous contenterons d'analyser ces décisions.

Si le pouvoir d'hypothéquer est conféré au gérant, au directeur par les statuts de la société, il est indispensable que les statuts soient constatés par acte notarié. La société propriétaire a seule qualité pour consentir l'hypothèque des immeubles sociaux; l'authenticité de ce consentement est la condition essentielle de l'affectation hypothécaire; le consentement résulte du mandat donné par les statuts; il est donc nécessaire qu'il soit consigné dans un acte notarié (1). D'ailleurs le dépôt des statuts sous seing privé au rang des minutes d'un notaire leur confère l'authenticité (2). Mais là s'arrêtent les exigences de la loi; elles sont spéciales à l'acte constitutif d'hypothèque et au pouvoir nécessaire à l'effet de le consentir. On ne saurait donc exiger que les associés qui n'assistent pas en personne à la délibération, par laquelle les statuts sont approuvés, y soient représentés par un mandataire porteur d'une procuration notariée (3). Ce ne sont pas les associés qui constituent l'hypothèque; c'est la société, personne morale distincte des associés.

Si, au contraire, les statuts gardent le silence sur ce point, le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux n'appartient pas aux gérants d'une société commerciale quelqu'étendu que soit leur mandat d'administration (4); la société a seule qualité pour consentir une constitution d'hypothèque (5). Elle

(1) Paris, 5 déc. 1885, D., 87. 2. 55. — Civ. cass., 23 déc. 1885, D., 86. 1. 97, S., 87. 1. 145. — Paris, 5 déc. 1887, D., 89. 2. 185. — *Contra* Ralaud, *Rev. crit.*, 1882, *Nouv. sér.*, XI, p. 209; Labbé, *Note* dans S., 86. 1. 97; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 234 s.

(2) Civ. rej., 3 déc. 1889, D., 90. 1. 105, S., 91. 1. 525. — Civ. rej., 29 janv. 1895, D., 95. 1. 430. — Cpr. cep. Rennes, 29 oct. 1885, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 848. — Vavasseur, *Tr. des soc. civ. et comm.*, 166 *bis;* Lyon-Caen et Renault, II, 587. — V. *supra,* II, 1412. — V. cep. Houpin, *Tr. des soc. civ. et comm.*, I, 351.

(3) Civ. cass., 23 déc. 1885, D., 86. 1. 97, S., 87. 1. 145.

(4) Troplong, *Sociétés*, 686; Delangle, *Sociétés*, 146; Pardessus, III, 1014; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 439, § 718, note 2; Pont, *Des soc.*, 526; Laurent, XXVI, 308; Lyon-Caen et Renault, II, 260; Guillouard, *Sociétés*, 126. — V. aussi Thaller, 262. — Req., 21 avril 1841, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1223-3°, S., 41. 1. 395. — Paris, 5 juillet 1877, D., 77. 2. 168, S., 77. 2. 295.

(5) Civ. rej., 7 mai 1844, D., 51. 5. 484, S., 45. 1. 53. — Req., 3 mai 1853, D., 53. 1. 186, S., 53. 1. 617. — Paris, 11 déc. 1866, D., 67. 2. 165 et sur pourvoi Req.,

exercera ce droit en donnant mandat à cet effet à ses gérants, à ses administrateurs ou à un tiers Dans tous les cas, il faudra que ce mandat soit constaté par un acte notarié. Il en est ainsi pour la société anonyme [1], il en est de même pour la société en commandite [2] et la même règle s'applique aux sociétés en nom collectif.

Il semble que, par application des principes généraux, la constitution consentie en vertu d'un mandat irrégulier dans la forme, pourrait être confirmée par l'assemblée générale des actionnaires ; mais il faudrait que cette confirmation résultât d'une délibération expresse spéciale et qu'elle fût constatée par un acte authentique ; si elle était contenue dans un acte sous signature privée, elle serait infectée de la même nullité que le mandat et l'hypothèque ne serait pas validée [3].

1415. Ces règles continuent d'être en vigueur en ce qui concerne les sociétés civiles, même lorsqu'elles sont constituées sous la forme de sociétés en nom collectif. Elles ne régissent plus les sociétés commerciales, ni les sociétés civiles par leur objet lorsqu'elles ont pris la forme de la société en commandite par actions ou de la société anonyme. La loi du 1er août 1893 a, en effet, ajouté à la loi du 24 juillet 1867 un art. 69, ainsi conçu : « *Il pourra être consenti hypothèque au nom de* » *toute société commerciale, en vertu des pouvoirs résultant* » *de son acte de formation même sous seing privé, ou des* » *délibérations ou autorisations constatées dans les formes* » *réglées par ledit acte. L'acte d'hypothèque sera passé en forme* » *authentique, conformément à l'art. 2127 C. civ.* ». En ce qui concerne les sociétés civiles, constituées sous la forme de la

27 janv. 1868, D., 69. 1. 410, S., 68. 1. 53. — Paris, 5 juill 1877 cité note précédente.

(1) Lyon-Caen et Renault, II, 586. — Paris, 5 juill. 1877, D., 77. 2. 168, S., 77. 2. 295. — Paris, 7 août 1880, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp*, 845-2°, S., 81. 2. 93. — Req., 27 juin 1881, D., 82. 1. 175, S., 81. 1. 141. — Civ. cass., 29 juin 1881, D., 82. 1. 107, S., 83. 1. 218, et sur renvoi Orléans, 11 mai 1882, D., 83. 5. 288-289. — Paris, 5 déc. 1887, D., 89. 2. 185.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op.* et *loc cit.* — Amiens, 24 février 1880, S., 82. 2. 198. — Req., 15 nov. 1880, D., 81. 1. 118, S., 81. 1. 253. — Req., 27 juin 1881, D., 82. 1. 175, S., 81. 1. 401. — Civ. cass., 23 déc. 1885, D., 86. 1. 97, S., 86. 1. 145.

(3) Paris, 5 juillet 1877, D., 77. 2. 168, S., 77. 2. 295. — Orléans, 11 mai 1882, D., 83. 5. 288-289. — V. *supra*, II, 1412 I.

société en commandite simple ou par intérêt, la question est douteuse. Car, si l'art. 68 ajouté en 1893 à la loi de 1867 est général dans ses termes et paraît réputer commerciales, quel que soit leur objet, toutes les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du code de commerce ou de la loi de 1867, une opinion très accréditée soustrait à l'empire de cette disposition les sociétés civiles en commandite simple (1). Si cette opinion est fondée, l'hypothèque des immeubles appartenant à ces sociétés reste régie par les principes développés au numéro précédent ; dans le cas contraire, on leur appliquera, comme aux autres sociétés commerciales, la loi du 1er août 1893.

Cette loi de 1893 s'applique à toutes les sociétés commerciales, qu'elles soient antérieures ou postérieures à la loi nouvelle.

1416. Les deux acteurs du contrat hypothécaire sont le débiteur et le créancier. Le consentement des deux parties, le concours des deux volontés est indispensable à sa formation. L'acceptation du créancier (2) en est donc un des éléments essentiels (3), de même que pour les contrats unilatéraux (4). Il est certain que la volonté du débiteur de constituer l'hypothèque doit être exprimée par acte notarié. Le consentement du créancier, qui accepte la constitution, doit-il nécessairement être manifesté dans la même forme ?

Il n'y a pas de difficulté quand il se produit en même temps et par le même acte que la constitution d'hypothèque. Il est alors constaté par acte notarié.

Mais le créancier peut ne pas figurer à l'acte par lequel l'hypothèque est établie. Son acceptation sera donnée par un

(1) Lyon-Caen et Renault, II, Append., 54, *L. 1er août 1893*, 51 ; Faure, *L. 1er août 1893*, p. 142 et 143. — *Contra* Bouvier-Bangillon, *L. 1er août 1893*, p. 27 ; Perrin, *L. 1er août 1893*, p. 25 et 26 ; Houpin, *Tr. des soc. civ. et comm.*, I, 202 ; Aubry et Rau, § 266, note 46 *ter*, III, 5e éd. p. 464.

(2) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 274, 5e éd. p. 464 ; Laurent, XXX, 441 ; Thiry, IV, 505 ; Guillouard, II, 1000. — Toulouse, 31 juil. 1830, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1261, S., 31. 2. 134. — *Contra* Arntz, IV, 1789 ; Martou, III, 982 *ter*. — Paris, 22 avril 1835, *J. G.*, eod. v°, 1268, S., 35. 2. 373. — Lyon, 9 mai 1837, *J. G.*, eod. loc., S., 37. 2. 468.

(3) République Argentine, *C. civ.*, art. 3130.

(4) Baudry-Lacantinerie et Barde, I, 27-28.

acte ultérieur et une pareille acceptation rétroagit au jour même de l'acte constitutif (1). Doit-elle être constatée par un acte notarié ou si l'on admet qu'elle peut être tacite ne doit-elle pas résulter de faits constatés par un acte notarié ou tout au moins par un acte authentique, comme l'inscription faite par le conservateur sur la réquisition du créancier? La négative est admise par la jurisprudence et par la grande majorité des auteurs (2). L'art. 2127, il est vrai, dit que l'hypothèque doit être *consentie* par un acte notarié : ce qui semble signifier que le *consentement* des parties doit être constaté dans la forme notariée, par conséquent la volonté du créancier comme celle du débiteur ; le concours de l'une et de l'autre est en effet nécessaire pour qu'il y ait consentement. Mais d'une part, si l'on comprend que, dans une vue de protection pour le débiteur, la loi ait exigé la manifestation de sa volonté par acte notarié, la même exigence ne se concevrait plus en ce qui concerne le créancier, car la constitution d'hypothèque lui procure un bénéfice et il ne peut avoir qu'avantage à l'accepter; il n'y a donc pas de motif pour entraver son acceptation. D'autre part, le texte n'a pas nécessairement le sens qu'on lui prête : si la loi exige un acte notarié pour le *consentement à l'hypothèque,* elle ne parle pas du *contrat* d'hypothèque. Enfin nous voyons qu'en matière de donation la loi a pris la peine de dire que le consentement du donataire, comme celui du donateur, doit être manifesté dans la forme authentique (art. 932) : ce qui prouve que la chose n'allait pas toute seule, et permet par conséquent de ne pas appliquer la même exigence à la constitution d'hypothèque. Nous concluons que le créancier, au profit duquel une hypothèque a été constituée, peut accepter la constitution en une forme quelconque, même tacitement (3), par

(1) Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 274, 5e éd. p. 464-465; Guillouard, II, 1001. — Req. ou Civ. rej., 5 août 1839, *J. G.*, vo *Priv. et hyp*, 1260, S., 39. 1. 753.

(2) *Contra* Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 76, al. 1. — V. Lepinois, IV, 1437.

(3) Pont, II, 659 ; Aubry et Rau, § 266, texte et note 51, III, 4e éd. p. 275, 5e éd. p. 465; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 179, § 800, note 4; Thézard, 58-3o ; Arntz, IV, 1789; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 243; Guillouard, II, 1001; Huc, XIII, 212. — Paris, 22 avril 1835, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 1260, S., 35. 2. 373. —

exemple en faisant inscrire l'hypothèque. Mais il faut toujours une acceptation, au moins tacite; car un contrat, quel qu'il soit, ne peut pas se former sans le concours des volontés des parties.

1417. Nous ne verrions aussi aucun obstable à ce que la constitution d'hypothèque fût acceptée par un mandataire verbal ou même par un tiers agissant sans mandat exprès du créancier et en qualité de gérant d'affaires (1).

1417 I. La jurisprudence belge décide que l'acceptation d'un porte-fort suffit pour la perfection de l'hypothèque, sans qu'il soit besoin d'aucune ratification du créancier, et que cette hypothèque produit effet du jour de son inscription, lorsqu'elle est constituée dans l'acte de prêt et que le tiers porte-fort remet les deniers à l'emprunteur en même temps qu'il accepte (2).

Au contraire si l'hypothèque est constituée pour sûreté d'un prêt antérieur, l'acceptation du porte-fort ne suffit pas; il faut en outre la ratification ou l'acceptation du créancier qui peut être tacite et résulte notamment de la réquisition d'inscription (3); mais cette ratification ne produit d'effets que pour l'avenir; elle ne rétroagit pas au préjudice des tiers; l'hypothèque n'a de rang que du jour de la ratification (4), peut-être même seulement du jour où cette ratification est mentionnée en marge de l'inscription préexistante (5).

1417 II. L'acceptation peut-elle émaner du notaire même qui reçoit l'acte constitutif et déclare accepter au nom du créancier absent? Dans notre ancienne jurisprudence, cette pratique était suivie et la validité de l'hypothèque était ad-

Lyon, 9 mai 1837, *J. G.*, eod. v°, 1260, S., 37. 2. 468. — Req. ou Civ. rej., 5 août 1839, cité à la note 1 de la page précédente. — Req., 4 déc. 1867, *J. G. Suppl.*, v° *Dispos. entre vifs,* 463, S., 68. 1. 252. — Chambéry, 20 janv. 1872, D., 73. 2. 146, S., 72. 2. 125. — Douai, 16 juin 1899, S., 03. 2. 195. — *Contra* Laurent, XXX, 423 s., 428 s., 448 s.; Martou, III, 982 *ter;* Thiry, IV, 505, 507; Démètre Alexandresco, *Dr. anc. et mod. de la Roumanie,* p. 457, note 1.

(1) Aubry et Rau, § 266, texte et note 51 *bis,* III, 4e éd. p. 275, 5e éd. p. 475. — Trib. civ. Bourges, 8 mars 1888, *Pand. franc.,* 88. 2. 161.

(2) Thiry, IV, 506; Lepinois, IV, 1437. — *Contra* Laurent, XXX, 449-453.

(3) Thiry, IV, 506-507; Lepinois, IV, 1437. — *Contra* Laurent, XXX, 449-453.

(4) Thiry, IV, 508.

(5) *Supra,* II, 1335.

mise, suivant un usage constaté par un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 8 mai 1716. Sous l'empire de notre code, on a proposé de suivre la même solution ou plutôt de considérer l'acceptation faite par le notaire comme nulle et non avenue et de valider en conséquence la constitution d'hypothèque. On reconnaît que le notaire ne peut pas figurer à l'acte en une double qualité, instrumenter comme notaire et accepter le bénéfice de l'hypothèque au nom du créancier. Mais on soutient qu'il n'a pas pu agir en cette dernière qualité, d'une part parce qu'il n'était investi d'aucun mandat, d'autre part parce que la loi lui défend de représenter les parties dans les actes qu'il passe. On conclut qu'il a agi exclusivement en qualité d'officier public. L'acte subsiste, mais la constitution d'hypothèque n'a pas été acceptée : *utile per inutile non vitiatur* (1).

Nous ne pouvons accepter cette conclusion, car l'argument qu'on invoque conduirait, s'il était poussé à ses dernières limites, à valider tous les actes dans lesquels un notaire serait intervenu au nom de l'une des parties, pourvu qu'en les recevant il eût pris la précaution de parler comme gérant d'affaires, non comme mandataire. On éluderait ainsi facilement la prohibition de l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI. Est-il bien permis d'ailleurs de diviser ainsi les énonciations d'un acte, d'accepter les unes et de ne pas tenir compte des autres? Nous ne le croyons pas. Si le notaire avait reçu un mandat formel, la nullité serait certaine ; nul ne le conteste : n'en est-il pas de même lorsqu'un notaire remplit l'office d'un gérant d'affaires, abandonne le rôle de conseil impartial à lui confié par la loi pour se faire le défenseur des intérêts particuliers de l'une des parties? C'est pourquoi l'acte est nul comme acte notarié ; il ne pourrait au plus valoir que comme acte sous seing privé ; la stipulation d'hypothèque qu'il renferme serait destituée de toute efficacité pour contravention à l'art. 2127 (2).

(1) Pont, II, 659; Thézard, 58. — Chambéry, 20 janv. 1872, D., 73. 2. 146, S., 72. 2. 125.

(2) Merville, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 308; Aubry et Rau, § 266, III, 4e éd. p. 275, 5e éd. p. 465; Laurent, XXX, 448; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 245; Guillouard, II, 1002; Lepinois, IV, 1440; Huc, XIII, 212. — Rouen, 2 fév. 1829, S., 30. 2. 175. —

1418. L'art. 14, tit. II de la loi des 28 octobre-5 novembre 1790 décide que le ministère des notaires n'est pas nécessaire pour la passation des baux de biens domaniaux ni pour tous les actes d'administration, mais que ces actes passés par des fonctionnaires administratifs ainsi que les baux « seront » sujets au contrôle et qu'ils emporteront hypothèque et » exécution parée ».

La loi des 4-7 mars 1793, relative aux marchés passés par l'Etat avec les entrepreneurs, marchands, ouvriers et fournisseurs, renferme une disposition semblable ; elle porte dans son art. 3 : « *Quoique les marchés soient passés par des » actes sous signatures privées, la nation aura néanmoins » hypothèque sur les immeubles appartenant aux fournis- » seurs et à leurs cautions, à compter du jour où les minis- » tres auront accepté les marchés* ».

Ces textes n'étaient, à certains égards, qu'une application des principes en vigueur à l'époque où ils furent édictés. Ils assimilaient les actes administratifs à des actes notariés ; ils en concluaient que, comme les actes notariés, ils emportaient hypothèque. Cette hypothèque était soumise aux mêmes règles que l'hypothèque née d'un acte notarié. Elle était générale : elle frappait les immeubles présents et à venir du débiteur ; elle n'était soumise à aucune condition de publicité ; elle résultait, de plein droit et indépendamment de toute stipulation, des actes administratifs spécifiés.

Ces règles n'ont-elles pas disparu avec l'ancienne législation soit par l'effet de l'art. 56 L. 11 brumaire an VII, qui abroge expressément toutes les lois et usages antérieurs sur la constitution des hypothèques, soit par l'effet des dispositions du code civil et spécialement de l'art. 2127 ? Beaucoup d'auteurs le pensent [1]. Les textes nouveaux sont absolus

Toulouse, 31 juill. 1830, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1261, S., 31. 2. 133. — Besançon, 17 juill. 1844, D., 45. 2. 171, S., 46. 2. 171. — Civ. rej., 3 août 1847, D., 47. 1. 305, S., 47. 1. 725. — Limoges, 11 juill. 1854, D., 55. 2. 50, S., 54. 2. 769. — Amiens, 9 avril 1856, D., 57. 2. 20, S., 56. 2. 333. — Grenoble, 8 juill. 1858, D., 59. 2. 83, S., 60. 2. 188. — Civ. cass., 11 juill. 1859, D., 59. 1. 401, S., 59. 1. 551.

[1] Troplong, II, 505 *bis ;* Pont, II, 663 ; Laurent, XXX, 46 ; Planiol, II, 2769. — Pau, 16 juin 1832, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1276, S., 32. 2. 572 cassé par Civ. cass., 12 janvier 1835 cité *infra*, note 1 de la page 547.

dans leurs termes; l'hypothèque ne peut être constituée que par acte notarié, et, si l'on peut considérer les actes administratifs comme des actes authentiques, ce ne sont certainement pas des actes notariés. En outre, un décret du 12 avril 1807, qui s'occupe, dans son art. 1er, des baux à ferme des biens des hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction publique, fournit un puissant argument en faveur de cette solution. En effet les dispositions de la loi de 1790 avaient été appliquées aux baux à ferme des biens de ces établissements. Or le décret de 1807 ordonne que ces baux soient faits aux enchères par un notaire et il ajoute que « *le droit d'hypothèque sur tous les biens du preneur y sera* » *stipulé par la désignation, conformément au code civil* ». Ce texte ne s'expliquerait pas si les actes administratifs emportaient hypothèque de plein droit et si l'hypothèque établie pour la garantie du bailleur n'était pas soumise à la règle de la spécialité et à la nécessité d'un acte notarié.

Aussi est-on d'accord pour reconnaître que la loi de l'an VII et le code civil ont abrogé l'hypothèque qui résultait de plein droit des actes administratifs et qui grevait les immeubles présents et à venir du débiteur. Cette règle était empruntée à notre ancienne jurisprudence : elle a disparu avec la législation dont elle n'était qu'une application particulière (1).

Mais il n'en reste pas moins une règle spéciale. Les lois de 1790 et 1793 assimilaient, au point de vue de l'hypothèque, les actes administratifs aux actes notariés. Or si le décret de 1807 a supprimé cette assimilation pour les baux à ferme des biens des hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction publique en ordonnant qu'ils soient passés devant notaires, elle n'en continue pas moins de subsister pour les actes spéciaux dont parlent ces lois. Il y a là une règle particulière de droit administratif à laquelle il n'a été dérogé ni par la loi du 11 brumaire an VII, ni par le code civil, *generalia specialibus non derogant*. En conséquence,

(1) Favard de Langlade, vo *Louage*, sect. I, § 4, n. 2; Aubry et Rau, § 266, note 55, III, 4e éd. p. 275, 5e éd. p. 467; Ducrocq, *Dr. admin.*, I, 533, 572, 576; Guillouard, II, 1010; Thézard, 59. — Req., 26 mars 1806, S., 6. 2. 758. — *Contra* Paris, 29 mars 1830, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 578, S., 30. 2. 231.

les actes administratifs, dont parlent les lois de 1790 et de 1793, sont encore aujourd'hui susceptibles de contenir une constitution d'hypothèque faite conformément à l'art. 2129 (1).

Ces dispositions doivent d'ailleurs et conformément aux principes généraux, être interprétées d'une manière restrictive. Or, elles n'autorisent la stipulation d'une hypothèque conventionnelle dans un acte administratif, qu'au profit de l'Etat; elles ne peuvent donc pas être invoquées par les particuliers qui figureraient dans un acte administratif. Ceux-ci n'auraient pas la faculté d'établir par cet acte une hypothèque l'un au profit de l'autre (2).

Pour le même motif, l'hypothèque ne peut pas être stipulée dans des actes de la nature de ceux prévus par les lois de 1790 et de 1793, s'ils sont intervenus non pas entre l'Etat et des particuliers mais entre des communes et des particuliers. Le maire n'y stipule pas comme agent du gouvernement, mais en qualité de représentant de la commune. Dès lors l'acte n'est pas un acte administratif, mais un simple contrat privé (3). C'est la solution que le décret du 12 août 1807 a appliquée aux hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction publique, et qui a été étendue aux communes par l'art. 4 de l'ord. du 7 octobre 1818.

1419. L'hypothèque conventionnelle peut-elle résulter d'un acte passé en pays étranger? L'art. 2128 répond à cette question, et la réponse est peu satisfaisante : « *Les contrats passés* » *en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les*

(1) Favard de Langlade, v° et *loc. cit.;* Grenier, I, 9; Duranton, XVII, 41, XIX, 360; Foucart, *Dr. admin.*, II, 1117; Aubry et Rau, § 266, texte et note 55, III, 4e éd. p. 275, 5e éd. p. 466-467; Ducrocq, *Dr. admin.*, II, 1036; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 210; de France de Tersant, 50; Guillouard, II, 1010; Huc, XIII, 211; Beudant, II, 647; Simonet, *Dr. admin.*, 523; Berthélemy, *Dr. admin.*, 2e éd. p. 94; Hauriou, 5e éd. p. 773, note 1. — Cpr. Thézard, 59. — Req., 3 juill. 1817, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1076, S., 18. 1. 368. — Civ. cass., 12 janv. 1835, *J. G.*, eod. v°, 1276, S., 35. 1. 11. — Cpr. Civ. rej., 3 mai 1843, *J. G.*, eod. v°, 1572, S., 43. 1. 368. — Civ. rej., 9 juin 1847, D., 53. 1. 306, S., 48. 1. 54 relatifs à des actes antérieurs à la loi de brumaire.

(2) Décret sur conflit du 29 mai 1811, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1275.

(3) Cpr. Crim. rej., 2 janv. 1817, *J. G.*, v° *Communes*, 1928. — Crim. cass., 26 juill. 1827, *J. G.*, eod. v°, 662. — Avis Cons. d'Etat, 22 déc. 1825, *J. G.*, eod. v°, 2456-2°.

» *biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce* » *principe dans les lois politiques ou dans les traités* » (1).

La formule de l'art. 2128 appelle une critique analogue à celle que nous avons faite de la rédaction de l'art. 2123. Il est en effet certain que les contrats hypothécaires entre Français peuvent être reçus par les chanceliers de nos consulats, qui remplissent pour nos nationaux l'office de notaires (Ord. 23-26 octobre 1833) (2).

En outre, d'assez nombreuses conventions autorisent les consuls, vice-consuls, chanceliers et agents consulaires à recevoir les actes passés entre des Français et les habitants du pays où ils sont accrédités ou entre les nationaux de ce pays, quand ils ont pour objet des biens situés en France (3). Ces actes ont alors la valeur d'actes notariés et peuvent valablement contenir des constitutions d'hypothèques.

Cette règle est-elle véritablement une exception au principe de l'art. 2128? On pourrait le soutenir en faisant remarquer que l'acte a été passé en pays étranger. Nous n'admettrons pas cette théorie. D'une part, les chanceliers des consulats sont des fonctionnaires français et ils remplissent les mêmes fonctions que les notaires. A ce double point de vue, il n'y a exception ni à l'art. 2127, qui exige un acte notarié, ni à l'art. 2128, qui vise seulement les actes passés par des officiers publics étrangers. D'autre part, le droit ainsi reconnu aux chanceliers nous paraît être plutôt une conséquence de la fiction d'exterritorialité, dont les consuls sont appelés à bénéficier dans une certaine mesure déterminée par les trai-

(1) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 77. — Italie, *C. civ.*, art. 1990. — Monaco, *C. civ.*, art. 1966. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1721. — Vaud, *C. civ.*, art. 1589. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1218. — Roumanie, *C. civ.*, art. 2 et 1773. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2144. — Mexico, *C. civ.*, art. 2038. — Haïti, *C. civ.*, art. 1895. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3129. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2280. — Chili, *C. civ.* art. 2411.

(2) *Sic* Brésil, *Ann. de législ. étr.*, VIII, p. 743, note.

(3) V. notamment Conventions avec : Etats-Unis, 23 fév. 1853, art. 6. — Vénézuéla, 24 oct. 1856. — Brésil, 10 déc. 1860, art. 6. — Espagne, 7 janv. 1862, art. 19. — Italie, 26 juill. 1862, art. 8. — Portugal, 11 juill. 1866, art. 7. — Autriche, 11 déc. 1866, art. 9. — Grèce, 7 janv. 1874, art. 10 et 11. — Russie, 1er avril 1874, art. 9. — Rép. de Salvador, 5 juin 1878, art. 10 et 11. — Rép. dominicaine, 25 oct. 1882, art. 10. — Bolivie, 5 août 1897, art. 10 et 11.

tés, les coutumes et les lois des divers pays. Ils se trouvent ainsi placés dans une situation identique à celle des notaires en France et les actes qu'ils reçoivent ont la même puissance ; les choses se passent de la même manière que si l'acte avait été reçu en France.

1420. C'est donc seulement dans le cas où ces actes sont reçus par des officiers publics étrangers, dans les formes déterminées par la loi étrangère, que la règle de l'art. 2128 doit être suivie.

Ces contrats peuvent emporter hypothèque sur des immeubles situés en France : 1° en vertu des lois politiques françaises: il n'en existe pas qui leur aient accordé cet effet; 2° en vertu des traités. L'art. 22 du traité franco-sarde du 24 mars 1760, applicable aujourd'hui à tout le royaume d'Italie, dispose « que, de la même manière que les hypothèques » établies en France par actes publics ou judiciaires sont » admises dans les tribunaux de Sa Majesté le Roi de Sardai- » gne, l'on aura aussi pareil égard dans les tribunaux de » France pour les hypothèques qui seront constituées à l'ave- » nir, soit par contrats publics, soit par ordonnances ou juge- » ments dans les pays de Sa Majesté le Roi de Sardaigne » (1). Le traité franco-suisse du 28 mai 1777 est inspiré par des considérations analogues. Mais la cour de cassation a relevé une différence dans les termes et elle en a conclu que le bénéfice de cette disposition est exclusivement réservé aux Français et aux Suisses et ne saurait appartenir aux nationaux d'un autre pays qui feraient passer en France ou en Suisse l'acte constitutif de l'hypothèque (2). Au contraire le traité franco-sarde de 1760 détermine d'une manière générale les effets des contrats sans se préoccuper de la nationalité des contractants. Il en résulte que toute personne, sans distinction de nationalité, est admise à se prévaloir de cette clause, pourvu que l'acte constitutif de l'hypothèque ait été passé sur le territoire de l'un des pays contractants.

Aux termes de l'art. 17 de la convention franco-belge du

(1) Le Bourdellès, *Journ. de Clunet*, 1882, p. 391.
(2) Civ. rej., 10 mai 1831, *J. G.*, v° *Dr. civ.*, 477, S., 31. 1. 195.

8 juillet 1899, « les hypothèques consenties dans l'un des » deux pays n'auront d'effet à l'égard des immeubles situés » dans l'autre que lorsque les actes qui en contiennent la » stipulation auront été rendus exécutoires par le président » du tribunal civil de la situation des biens. Ce magistrat » vérifie si les actes et les procurations qui en sont le com- » plément réunissent toutes les conditions nécessaires pour » leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus ».

1421. En dehors de ces cas, l'art. 2128, mettant un terme à la controverse que l'inexécution de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 avait fait naître et aux difficultés relatives à la validité des constitutions hypothécaires consenties devant des officiers publics étrangers (1), décide que les contrats reçus par des officiers publics étrangers ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France. Cette règle est anormale et difficile à justifier (2). Les jugements rendus par des tribunaux étrangers sont susceptibles d'exécution en France, et confèrent hypothèque sur les immeubles qui y sont situés, quand ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français (art. 2123 C. civ., art. 546 Pr. civ.). Logiquement il aurait dû en être de même des contrats passés en pays étranger et conférant hypothèque sur des biens situés en France. Il y avait même un *a fortiori* pour appliquer aux conventions d'hypothèques ce que la loi dit des jugements; car les conventions émanent de la volonté de particuliers, et à la différence des jugements, qui sont une émanation de la souveraineté, leur exécution en France ne peut pas compromettre le principe de l'indépendance des nations. Pourquoi donc l'art. 2128 refuse-t-il en principe tout effet sur les biens de France aux contrats hypothécaires passés en pays étranger?

On peut l'expliquer par la confusion qui s'était produite dans notre ancienne jurisprudence. Tous les actes notariés constatant une obligation emportaient hypothèque générale sur les immeubles du débiteur. Pour justifier la différence ainsi

(1) V. en faveur de la validité Loyseau, *Des offices*, liv. I, ch. 6, n. 104. — V. dans le sens de la nullité, Brodeau sur Louet, lettre H, somm. XV, n. 3; Pothier, *Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n. 9.

(2) V. de Vareilles-Sommières, *Synth. du dr. internat. privé*, II, 1043-1044.

établie entre les actes notariés et les actes sous seing privé, on faisait remarquer que les premiers seuls étaient revêtus de la formule exécutoire. De là à conclure que l'hypothèque était la conséquence de la force exécutoire, il n'y avait qu'un pas. On le franchit. Or les contrats passés en pays étranger n'ont pas en France force exécutoire. Donc ils ne peuvent donner naissance à une hypothèque grevant les immeubles situés en France. Cette solution fut consacrée par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629; elle trouva place dans l'art. 18 de la loi du 9 messidor an III; elle a été reproduite par l'art. 2128. On peut, à bon droit, critiquer cette règle. Le propriétaire d'un immeuble situé en France peut bien, par un contrat de vente ou même de donation passé en pays étranger, transférer la propriété de cet immeuble; comment se fait-il qu'il ne puisse pas également, par un acte passé en pays étranger, grever ce même immeuble d'une hypothèque conventionnelle? Est-ce que la volonté des parties manifestée dans les formes voulues par la loi du lieu où l'acte est passé ne devrait pas, dans les deux cas, produire également ses effets?

1422. Existe-t-il un moyen pour le créancier qui a obtenu, par un acte passé en pays étranger, la constitution d'une hypothèque sur des immeubles situés en France, d'assurer la conservation de son droit et de parvenir, par l'exercice de son hypothèque, à l'exécution forcée de l'obligation? La loi est muette à cet égard. Elle indique les formalités à observer pour rendre exécutoires en France les jugements rendus par des juridictions étrangères; elle ne nous fait pas connaître la procédure à suivre pour rendre exécutoires en France les contrats passés en pays étranger. Les auteurs en concluent que le créancier n'a à sa disposition d'autre ressource que de poursuivre son débiteur devant les tribunaux français et d'obtenir par ce moyen un jugement de condamnation qui lui conférera une hypothèque judiciaire [1]. La jurisprudence semble cependant admettre qu'en vertu des art. 2128 C. civ. et 546 Pr. civ. les contrats passés en pays étranger ne pourront être invoqués

[1] Lyon-Caen, *Etud. de dr. intern. privé marit.*, p. 29 et 30; Renault, *Rev. crit.*, 1881, *Nouv. sér.*, X, p. 485; Beudant, II, 649; Planiol, II, 2766.

devant la justice française et produire une cause de préférence qu'autant qu'ils auront été déclarés exécutoires en France (1). Enfin, dans une dernière opinion, on exige que ces contrats soient déclarés exécutoires en France, si le créancier veut en poursuivre l'exécution forcée et recourir à la saisie ; en dehors de ces cas, cette condition ne serait pas exigée (2).

Les critiques dirigées contre la disposition de l'art. 2128 expliquent comment, dans tous les projets de réforme hypothécaire qui ont été successivement élaborés chez nous, on a proposé de modifier l'art. 2128. La loi belge du 16 décembre 1851 a complètement remanié ce texte.

1423. L'hypothèque maritime est régie par des dispositions spéciales. L'art. 2 § 1 de la loi du 10 juillet 1885, reproduction textuelle de l'art. 2 § 1 de la loi du 10 décembre 1874, porte : « *Le contrat par lequel l'hypothèque maritime est* » *consentie doit être rédigé par écrit; il peut être fait par* » *acte sous signatures privées* ».

Ainsi l'hypothèque maritime n'est pas soumise à la règle de l'art. 2127; un acte notarié n'est pas exigé pour lui donner naissance; un acte sous seing privé suffit. L'acte contenant mandat de constituer une hypothèque maritime peut être également sous seing privé (3). Le législateur a voulu assurer à ces transactions la rapidité qui leur est toujours utile, souvent même nécessaire; il a voulu épargner aussi au débiteur les frais qu'entraîne l'intervention d'un notaire. Le rapporteur a enfin fait observer que, la propriété des navires pouvant se transmettre par acte sous seing privé, il était logique d'appliquer la même règle au droit réel d'hypothèque. Nous n'insistons pas sur ce dernier argument ; nous nous bornons à signaler la divergence de vues entre les auteurs de la loi nouvelle et les rédacteurs de l'art. 2127. Il est à peine besoin de faire remarquer que si les parties ont recours à un acte notarié,

(1) Civ. cass., 25 nov. 1879, D., 80. 1. 56, S., 80. 1. 267, et sur renvoi Grenoble, 11 mai 1881, D., 83. 2. 65, S., 81. 2. 225. — Bordeaux, 2 juillet 1888, D., 91. 2. 105. — M. Lainé (*Journ. Clunet*, 1899, XXVI, p. 643) enseigne que l'*exequatur* doit être donné par le tribunal. Despagnet, *Précis de dr. int. priv.*, 213, A.

(2) Levillain, *Note*, dans D., 83. 2. 65.

(3) Aubry et Rau, § 266, III, 5e éd. p. 469.

cet acte peut certainement être reçu en brevet. Nous l'avons ainsi décidé pour l'hypothèque sur les immeubles [1], à plus forte raison en est-il de même pour l'hypothèque sur les navires. Elle peut aussi résulter d'un procès-verbal de conciliation dressé par un juge de paix [2].

La constitution d'hypothèque étant un acte unilatéral, il n'est pas nécessaire que l'acte sous signature privée qui la constate soit rédigé en plusieurs originaux. L'art. 8 dit, il est vrai, qu'il doit être présenté au bureau du receveur des douanes un des originaux du titre constitutif, lequel y reste déposé, s'il est sous seing privé. Mais cette disposition ne se réfère qu'à la formalité de l'inscription : l'inaccomplissement de cette condition ne saurait vicier la constitution de l'hypothèque ; l'art. 2 ne prononce pas la nullité [3].

1424. Il semble bien aussi que l'hypothèque maritime, pouvant être constituée par des actes authentiques même en brevet ou par des actes sous signature privée passés en pays étranger, échappe à la règle de l'art. 2128. L'opinion contraire a cependant été consacrée [4]. Mais nous cherchons en vain le motif par lequel on peut la justifier. L'art. 2128, qu'on pourrait être tenté d'appliquer, ne vise très certainement que l'hypothèque sur les immeubles, la seule reconnue par le code ; pour étendre cette disposition à l'hypothèque nouvelle il faudrait, à défaut d'un texte, qu'il y eût au moins analogie entre les deux hypothèses et même raison de décider. Or il n'en est pas ainsi. Nous avons vu combien il était difficile d'expliquer l'art. 2128, nous avons dit qu'il était le résultat du lien qui unissait, dans la pensée des rédacteurs du code, l'hypothèque à la force exécutoire, et qui ne permettait pas la naissance de la première en l'absence de la seconde. Or, cette considération n'existe pas quand il s'agit

(1) *Supra*, II, 1411.

(2) Lyon-Caen et Renault, VI, 1631 ; Aubry et Rau, § 266, note 56 *quinquies*, III, 5e éd. p. 469.

(3) Aubry et Rau, § 266, note 56 *quater*, III, 5e éd. p. 468. — Trib. com. Nantes, 5 nov. 1881, cité par A. Desjardins, V, 1214. — Cp. cep. Lyon-Caen et Renault, VI, 1631.

(4) Aix, 22 mai 1876, D., 78. 2. 103, S. (sous Cass.), 80. 1. 257. — V. aussi dans le même sens Sarrut, *La loi*, 22 mai 1881.

d'une hypothèque maritime ; elle peut être valablement établie par un acte sous signature privée, c'est-à-dire par un acte qui n'a pas la force exécutoire. Il n'y a donc pas de raison pour la soumettre à la règle de l'art. 2128.

On objecte que cet article est inspiré par le désir du législateur d'assurer le respect de sa souveraineté sur le territoire et sur les biens qui en font partie, quelle que soit leur nature, que les navires conservant partout leur nationalité, étant réputés faire partie du territoire du pays dont ils portent le pavillon, le but de la loi ne serait pas atteint si les navires français étaient soustraits à la règle de l'art. 2128. Même en supposant que tel ait été le mobile des auteurs de cet article, il n'y a pas de motifs pour soumettre à la même règle la fiction et la réalité.

On conçoit à la rigueur qu'un souverain, jaloux à l'excès de son autorité, refuse tout effet sur son territoire à un acte passé en pays étranger. Son pouvoir pourrait être tenu en échec par un acte auquel il n'aurait pas prêté l'appui de sa puissance. Mais en est-il de même quand il s'agit d'un bien qui n'est pas une fraction du territoire, d'un navire qui peut changer de nationalité ? S'il est considéré, à certains égards, comme une fraction du territoire national, c'est en vertu d'une fiction et cette fiction cesse lorsqu'il s'agit d'appliquer une disposition édictée en vue du territoire réel. Il est du reste douteux que les auteurs des lois de 1874 et de 1885 aient eu une pareille conception et cela suffit, à notre avis, pour écarter l'application de l'art. 2128 [1].

1425. Nous n'avons raisonné jusqu'ici qu'en vue des navires français ; l'hypothèque constituée en pays étranger sur des navires étrangers saisis et vendus en France soulève des difficultés spéciales, qui relèvent du droit maritime et que nous n'avons pas à examiner.

[1] Lyon-Caen, *Note* dans S., 80. 1. 257 ; Renault, *Rev. crit.*, 1881, *Nouv. sér.*, X, p. 485 ; Levillain, *Note* dans D., 83. 2. 65 ; Weiss, *Précis de dr. intern. privé*, p. 619 ; Aubry et Rau, § 266, texte et note 66 *sexties*, III, 5e éd. p. 469 ; Lyon-Caen et Renault, VI, 1673, 1795 ; Despagnet, *Précis de dr. int. privé*, 423. — Cpr. Civ. cass., 25 nov. 1879, D., 80. 1. 56, S., 80. 1. 257 et sur renvoi Grenoble, 11 mai 1881, D., 83. 2. 65, S., 81. 2. 225. — Est-il nécessaire que le contrat ait été déclaré exécutoire en France ? V. sur cette controverse *J. G. Suppl.*, v° *Droit maritime*, 541.

CHAPITRE IV

DU RANG QUE LES HYPOTHÈQUES ONT ENTRE ELLES

1426. Notre régime hypothécaire, nous l'avons déjà dit, est assis sur une double base : la spécialité et la publicité. Le législateur vient de s'occuper de la première; il va traiter maintenant de la seconde.

La publicité de l'hypothèque se réalise par le moyen d'une inscription.

Cette règle nouvelle est l'une des plus importantes et des plus utiles réformes réalisées par la législation moderne; ses avantages sont si manifestes qu'il est inutile aujourd'hui de les faire ressortir. Aussi nous contenterons-nous de présenter sur ce point un court aperçu historique.

1427. Tant que l'hypothèque ne se distingue pas des autres institutions juridiques, tant qu'elle se présente sous sa forme primitive d'une vente à réméré ou d'une aliénation fiduciaire ou d'une espèce de *datio in solutum* éventuelle, les dispositions qui la régissent sont empruntées aux lois sur la transmission de la propriété immobilière. Nous rencontrons cependant en Grèce une ébauche d'un système de publicité. Des bornes ou enseignes (ὅροι), placées sur l'immeuble lui-même, révélaient à tous l'existence du droit du créancier. On y mentionnait le nom de celui-ci ainsi que le nom du débiteur, l'objet de l'affectation et le chiffre de la créance garantie. Il était superflu d'indiquer la date de l'engagement. La nature même de la convention rendait cette indication inutile. Réalisée sous la forme d'une vente ou d'une *datio in solutum*, elle transférait actuellement ou éventuellement la propriété de l'immeuble affecté; le débiteur ne pouvait donc pas l'engager à un second créancier; tout conflit était ainsi prévenu ou plutôt il ne pouvait s'élever de contestation qu'entre acquéreurs successifs et la préférence se réglait par les lois relatives à la transmission de la propriété.

C'est donc seulement lorsque l'hypothèque devint un droit réel distinct, lorsqu'elle eut une existence particulière, lors-

que le débiteur demeuré propriétaire eut la faculté d'engager successivement le même immeuble à plusieurs créanciers, que la publicité présenta un véritable intérêt. Aussi était-il admis que les ὅροι devaient mentionner la date des hypothèques établies à des époques différentes sur le même fonds. Mais nous ignorons si cette formalité était requise pour l'existence du droit ou si elle avait seulement pour but de le rendre opposable aux tiers. Même après cette réforme, l'hypothèque avait conservé en Grèce son caractère originaire. L'expropriation forcée y était inconnue. Le créancier hypothécaire était en réalité un propriétaire conditionnel. En conséquence, celui qui était le premier en date devenait propriétaire de l'immeuble, à défaut de paiement à l'échéance. Les créanciers postérieurs se trouvaient ainsi privés de tout droit; il ne leur restait qu'une ressource : désintéresser le créancier antérieur et se faire subroger à ses droits. Ils devenaient alors propriétaires de l'immeuble en son lieu et place. Quelques lois, motivées ordinairement par des circonstances exceptionnelles (1), appliquèrent cependant une solution plus exacte. L'immeuble hypothéqué n'était attribué au premier créancier que pour la part représentative de sa créance suivant une estimation faite par experts. Le surplus de l'immeuble demeurait la propriété du débiteur et sur cette fraction les créanciers postérieurs venaient exercer leurs droits (2).

1428. L'institution du crédit immobilier a traversé à Rome les mêmes phases qu'en Grèce. Réalisée sous la forme d'une aliénation fiduciaire, l'hypothèque participait de la publicité qui pouvait accompagner le transfert de la propriété.

Mais lorsque l'hypothèque apparaît avec ses caractères propres et distinctifs, lorsque le débiteur conserve la propriété et la possession du bien engagé, lorsque le créancier n'acquiert plus qu'un droit réel en vertu duquel il jouit des droits de préférence et de suite et du droit de faire vendre la chose, lorsque le même bien peut ainsi être affecté à la garantie de plusieurs créanciers, l'hypothèque a le très sérieux

(1) V. notamment F. Dareste, *Une loi éphésienne*, p. 9.

(2) Cons. Dareste, *Les inscrip. hyp. en Grèce;* Besson, *Les livres fonciers et la réforme hyp.*, p. 25 s.

inconvénient de demeurer occulte. Etablie par le seul consentement, elle n'est assujettie soit quant à son existence, soit quant à son efficacité, à aucune mesure de publicité. L'hypothèque étant un droit réel, l'ordre de préférence entre les créanciers hypothécaires se déterminait par la date des conventions : *prior tempore, potior jure*. Le créancier ne pouvait donc pas traiter avec pleine sécurité. Il ne faut pas oublier cependant que les peines sévères édictées contre le stellionat, la condamnation aux mines et à la rélégation, assuraient dans une certaine mesure la sincérité des transactions en réprimant les fraudes. L'empereur Léon ne prévint qu'en partie ces inconvénients en accordant la préférence aux créanciers dont la créance serait constatée par un titre authentique ou par un acte privé signé de trois témoins [1]. Il était ainsi facile de déterminer le rang des divers créanciers; mais aucune mesure de publicité n'était organisée par la loi et ne portait l'hypothèque à la connaissance des tiers.

Ajoutons que l'hypothèque a conservé de son origine un caractère spécial. Autrefois, lorsqu'elle se présentait sous la forme d'une aliénation fiduciaire, le créancier devenait propriétaire et il était impossible d'affecter la même chose à la garantie de nouvelles créances. Plus tard, lorsque l'hypothèque a pris naissance, le premier créancier a seul le droit de faire vendre la chose engagée : les créanciers postérieurs n'ont, comme en Grèce, d'autre ressource que de le désintéresser et de se faire subroger à ses droits. L'hypothèque postérieure est en quelque sorte une hypothèque subordonnée ; elle ne peut pas être exercée et par suite elle ne produit aucun effet, tant que le créancier premier en rang ne poursuit pas la réalisation du gage.

1429. Notre ancienne jurisprudence a subi l'influence des principes du droit romain en cette matière comme en bien d'autres. Même dans les pays de coutumes, l'hypothèque, qui ne peut plus frapper que des immeubles, n'est entourée d'aucune publicité. La clandestinité y est admise d'une manière absolue pour les actes constitutifs d'hypothèques ou

[1] L. 11, C., *Qui potiores* (VIII, 18).

de droits réels, aussi bien que pour les actes translatifs de propriété.

A ce double point de vue, les provinces dites de *saisine* ou de *nantissement* avaient admis des principes différents. La constitution d'hypothèque, comme la transmission de propriété, y était soumise à un régime de publicité dont Loyseau nous décrit sommairement les formes [1]. La plus simple est celle que l'auteur explique au n. 35.

« Il se trouve encore une façon du nantissement plus sim-
» ple et plus commune es coutumes de Laon, Rheims, et
» autres, à sçavoir que le créancier exhibe au seigneur hault
» justicier son contrat portant hypothèque, et le requiert que
» pour sûreté de sa dette il soit nanti par hypothèque de l'hé-
» ritage, que doresnavant il ne fasse aucun autre nantisse-
» ment ni dessaisine, sinon à la charge de son hypothèque.
» Ce qui doit être endossé sur son contrat et enregistré en la
» justice du lieu; et au cas que le seigneur ne veuille signer
» cest enregistrement, on fait faire le nantissement par un
» sergent moyennant commission du juge supérieur ». Il paraît même, au témoignage de Loyseau [2], que cet ensaisinement fut pratiqué dans l'ancienne coutume de Paris, mais qu'il fut aboli lors de sa réformation.

Cet usage, qui assurait la sécurité des transactions immobilières, était profondément entré dans les mœurs. Aussi lorsque l'édit de 1771 voulut abolir, par son art. 35, la pratique des saisines et nantissements pour acquérir hypothèque, les parlements de cette partie de la France résistèrent énergiquement et en refusèrent pour ce motif l'enregistrement. Treilhard qui fut, dans la discussion du Code, l'un des défenseurs les plus ardents du principe de la publicité des hypothèques, le rappelle dans les termes suivants [3] : « Dans
» les parties de la France assez heureuses pour jouir sur cette
» matière d'une législation plus saine, les parlements oppo-
» sèrent à la publication de l'édit de 1771 cette résistance qui

[1] Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. III, *De l'action hyp.*, ch. I, n. 34 s. — V. aussi Lamoignon, *Arrêtés*, tit. 2.

[2] *Op. et loc. cit.*, 36.

[3] *Exposé des motifs*, Fenet, XV, p. 451, Locré, XVI, p. 335.

» prenait à la vérité sa racine dans un vice du gouvernement, » mais qui, dans l'état sous lequel on vivait alors, pouvait » être quelquefois utile. Le parlement de Flandre déclara » qu'il regardait *la publicité des hypothèques comme le chef-* » *d'œuvre de la sagesse, comme le sceau, l'appui et la sûreté* » *des propriétés, comme un droit fondamental dont l'usage* » *avait produit dans tous les temps les plus heureux effets, et* » *avait établi autant de confiance que de facilité dans les* » *affaires que les peuples belges traitent entre eux. Par cette* » *forme, toutes les charges et hypothèques étaient mises à* » *découvert ; rien n'était plus aisé que de s'assurer de l'état de* » *chaque immeuble par la seule inspection des registres. Les* » *hypothèques se conservent de la même manière dans les* » *Pays-Bas Français, Autrichiens, Hollandais et dans le pays* » *de Liège, et les peuples de ces différentes dominations font* » *entre eux une infinité d'affaires avec une confiance* » *entière* ».

1430. Dans toutes les autres parties de la France, la publicité des hypothèques n'existait pas. La forme authentique du titre constitutif ne suffisait pas pour avertir les tiers; les actes pouvaient être répandus dans tant de dépôts qu'il était impossible de les connaître tous et de traiter en sécurité. Loyseau fait ressortir les inconvénients de cette législation dans un passage, que nous avons déjà cité en partie en parlant de la spécialité de l'hypothèque (1). Il montre les dangers de la clandestinité; mais il se préoccupe avant tout, nous pourrions dire exclusivement, des intérêts de l'acquéreur (2). « Mais l'inconvénient est grand à l'égard d'un tiers acqué- » reur de bonne foi, qui pensant estre bien assuré de ce » qu'on lui vend, et qu'on met en sa possession, sçachant » bien qu'il appartenait à son vendeur, s'en voit enfin évincé » et privé par un malheur inévitable au moyen des hypothè- » ques précédentes, lesquelles estant *constituées secrettement,* » il ne luy était possible de sçavoir ni descouvrir ». Si Loyseau garde le silence sur les dangers identiques auxquels

(1) *Supra*, II, 1364.
(2) *Op.* et *loc. cit.*, n. 16.

sont exposés les créanciers hypothécaires, c'est peut-être parce que, les obligations étant généralement constatées par actes notariés et tous les actes notariés engendrant une hypothèque sur les biens présents et à venir du débiteur, les conventions n'étaient pas ordinairement motivées par la considération de cette garantie. La spécialité de l'hypothèque donne seule une importance prépondérante à la valeur de la sûreté offerte : et c'est ainsi que la spécialité et la publicité sont deux règles, qui, sans se confondre, marchent de pair. Cependant comme les hypothèques pouvaient être spéciales dans notre ancienne jurisprudence, leur publicité intéressait les créanciers hypothécaires de la même manière que les tiers acquéreurs des immeubles grevés. On peut dire aussi qu'elle intéressait les créanciers à hypothèques générales, bien que la considération de la valeur des immeubles appartenant au débiteur ne fût peut-être pour eux qu'une considération secondaire.

1431. Aussi plusieurs tentatives furent-elles faites pour généraliser le principe de la publicité admis dans les pays de nantissement. La première est due à Henri III. Par un édit de juin 1581, il créa, dans chaque siège royal, un office de contrôleur des titres pour enregistrer tous les contrats qui excèderaient cinq écus de principal, ou trente sous de rente foncière. A défaut de contrôle ou d'enregistrement, les actes n'emportaient ni droit de propriété, ni droit d'hypothèque. Cette prescription se heurta à une résistance générale ; les offices ne purent être établis que dans un petit nombre de localités et l'édit, attaqué comme bursal, fut révoqué en 1588, sept ans après sa publication.

La deuxième tentative fut faite par Henri IV, sur les conseils de Sully, dans un édit de 1606. On discuta la portée de l'édit ; on soutint que le contrôle, nécessaire au point de vue fiscal, n'était pas obligatoire pour assurer à l'acte son effet hypothécaire. Son exécution souleva les mêmes oppositions et il ne fut enregistré que par un seul parlement, le parlement de Normandie.

Enfin, une troisième tentative fut faite, sous l'inspiration de Colbert, par Louis XIV dans un édit de mars 1673. On est

frappé, en lisant cet édit, du soin avec lequel ses dispositions avaient été combinées; on y trouve les principes consacrés par notre code et même des règles que la loi réformatrice du 23 mars 1855 a seule rétablies dans notre législation. L'édit crée dans chaque bailliage et sénéchaussée un greffe spécial, sur les registres duquel les créanciers prétendant hypothèques ou privilèges peuvent faire enregistrer leurs oppositions, nous dirions aujourd'hui leurs inscriptions hypothécaires. Un délai de quatre mois leur est accordé à cet effet à partir de la date de l'acte duquel résulte l'hypothèque. Si cette prescription est observée, l'hypothèque date du jour du contrat; si non, elle ne prend rang qu'à la date de l'enregistrement. Les créanciers qui ont fait enregistrer leurs oppositions sont préférés sur le prix des immeubles auxquels elles s'appliquent, aux créanciers même antérieurs qui n'ont pas rempli cette formalité. Certains privilèges et certaines hypothèques sont cependant dispensés de la formalité de l'enregistrement. Nous citerons, à titre d'exemples, l'hypothèque du mineur et celle de la femme mariée. Toutefois le mineur est tenu de faire enregistrer son opposition dans l'année de sa majorité, la femme séparée de biens dans les quatre mois du jugement de séparation, la femme veuve dans l'année du décès de son mari; faute de quoi, l'hypothèque n'a d'effet et ne prend rang que du jour de l'enregistrement. Enfin les greffiers doivent communiquer leurs registres aux intéressés à toute réquisition et en délivrer, sous leur responsabilité, des extraits certifiés.

L'édit réalisait ainsi une double réforme; il établissait la publicité; il spécialisait les oppositions qui devaient indiquer les immeubles auxquels elles s'appliquaient.

Cet édit fut violemment attaqué; on prétendit qu'il portait atteinte au crédit public en levant le voile qui couvrait le secret des fortunes particulières. C'est une idée très répandue dans notre ancienne jurisprudence que la publicité est un danger; elle y est défendue par les esprits les plus élevés; d'Aguesseau lui-même s'en fit le champion au XVIIIe siècle.

L'auteur du *Testament politique de Colbert* (1) explique de la manière suivante les causes qui firent échouer la réforme tentée par l'édit de 1673 (2) : « Le parlement n'eut garde de » souffrir un si bel établissement qui eût coupé la tête à » l'hydre des procès dont il tire toute sa substance. Il remon- » tra que la fortune des plus grands de la cour s'anéantirait » par la publicité qui serait donnée aux charges dont leurs » biens étaient couverts; la plupart ayant plus de dettes que » d'avoir ne trouveraient plus de crédit quand leurs créan- » ciers connaîtraient le véritable état de leurs affaires ».

Quoi qu'il en soit, quelque singulière que puisse paraître cette préoccupation de conserver à certaines personnes un crédit fondé sur les apparences de la fortune, c'est-à-dire sur l'ignorance des tiers que l'on trompe, le roi fut obligé de s'incliner devant cette violente opposition et un édit du mois d'avril 1674 révoqua l'édit de mars 1673. « Quoique nos » sujets, lit-on dans le préambule, pussent recevoir de très » considérables avantages de son exécution, néanmoins, » comme il arrive ordinairement que les règlements les plus » utiles ont leurs difficultés dans leurs premiers établisse- » ments et qu'il s'en rencontre dans celui-ci qui ne peuvent » être surmontées, dans un temps où nous sommes obligé de » donner notre application principale aux affaires de la » guerre, nous avons résolu de le révoquer... ».

On pourrait encore citer dans notre ancienne jurisprudence un édit de juin 1771, mais il n'a pas de rapport direct avec le principe de la publicité des hypothèques; il se réfère à la théorie de la purge (3).

1432. Il appartenait à la révolution de réaliser la réforme que les préjugés du temps avaient empêché Louis XIV et Colber d'accomplir. Le régime féodal avait été aboli dans la nuit du 4 août 1789. Il semblait que les formalités du nantissement, se rattachant aux *devoirs de loi*, devaient disparaître

(1) Le *Testament politique de Colbert* est l'œuvre de Courtilz de Sandras, V. Ferron, *Etude historique et critique sur la publicité des droits réels immobiliers*, p. 100; Le Breton, *Le Roman au dix-huitième siècle*, p. 12.

(2) Chap. XII.

(3) *Infra*, III, 2322.

avec lui. L'assemblée constituante eut le rare mérite de ne pas céder aux entraînements des passions ; elle comprit que, dans le nantissement, les formes seules étaient marquées du sceau de la féodalité ; elle comprit que sous ces formes se cachait un principe salutaire : celui de la publicité des transmissions de la propriété immobilière et des constitutions de droits réels et d'hypothèques. Elle ne voulut pas opérer à la légère une réforme générale de la législation ; mais elle tint à respecter tout au moins les sages coutumes des pays de nantissement. Elle pourvut à l'observation de ces formalités par la loi du 19 septembre 1790, dont les art. 3 et 4 sont ainsi conçus : « Art. 3 : A compter du jour où les tribunaux de dis-
» trict seront ainsi installés dans les pays de nantissement,
» les formalités de saisine, dessaisine, vest, devest, recon-
» naissance échevinale, mise de fait, main-assise, plainte à la
» loi et généralement toutes celles qui tiennent au nantisse-
» ment féodal ou censuel, sont et demeureront abolies ; et jus-
» qu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, la transcription
» des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque en
» tiendra lieu, et suffira en conséquence pour consommer les
» aliénations et les constitutions d'hypothèques. — Art. 4. Les
» dites transcriptions seront faites par les greffiers des tribu-
» naux de district de la situation des biens selon l'ordre dans
» lequel les grosses des contrats leur auront été présentées
» et qui sera constaté par un registre particulier. Et les gref-
» fiers seront tenus de communiquer ces registres sans frais
» aux requérants ». Cette loi n'était en réalité que la confirmation de l'ancienne législation ; elle était locale ; elle ne s'appliquait qu'aux pays de nantissement ; elle avait pour but de fournir aux habitants de ces pays les moyens d'accomplir les formalités prescrites par la coutume dans un but de publicité. Elle n'opérait aucune réforme.

La loi du 9 messidor an III consacra d'une manière absolue et sans exception le principe de la publicité des hypothèques. Elle se réalise au moyen d'une inscription prise sur un registre spécial tenu par un fonctionnaire nouveau, le conservateur des hypothèques, que la loi institue dans chaque arrondissement (art. 19). L'hypothèque prend rang du jour

de la date de l'acte qui la constitue, si elle est inscrite dans le mois ; si non, elle n'existe et n'a rang que du jour de son inscription (art. 22). A la différence de l'édit de 1673, la loi n'ordonne pas de spécialiser l'inscription de l'hypothèque ; l'inscription s'étend à tous les biens présents et à venir du débiteur situés dans l'arrondissement du bureau où elle a été faite (art. 26). Cette loi instituait aussi, sous le nom de cédule hypothécaire, l'hypothèque sur soi-même.

Enfin elle fut non pas modifiée, mais remplacée par la célèbre loi du 11 brumaire an VII. Cette loi prescrit, ainsi que nous l'avons déjà dit, la spécialisation de l'hypothèque au moment de sa constitution. Elle consacre d'une manière absolue le principe de la publicité et l'applique même à l'hypothèque légale de la femme mariée (art. 4). Elle exige que l'inscription indique spécialement les immeubles sur lesquels elle est requise et n'admet d'exception à ce principe que pour les hypothèques légales et judiciaires (art. 17). Enfin le rang des hypothèques est déterminé par la date des inscriptions (art. 2). Cette loi, dont les principes sont empruntés à la législation des pays de nantissement et à la loi de messidor, et qui reproduit quelques-unes des règles de l'édit de 1673, sauvegardait effectivement les intérêts des créanciers. Elle mettait à leur disposition un moyen facile d'apprécier la valeur du gage qui leur était offert en garantie. La transcription complétait pour les mutations immobilières l'œuvre de publicité accomplie pour les hypothèques.

1433. Le code civil a également consacré le principe de la publicité en matière hypothécaire. Ce n'est pas sans difficulté qu'il a triomphé. Nous avons déjà dit qu'il rencontra au sein du conseil d'Etat d'ardents adversaires. Nous avons résumé brièvement la discussion à laquelle il donna lieu ; nous avons enfin rapporté la transaction par laquelle se termina le débat [1]. Le conseil d'Etat fixa les bases du régime hypothécaire en posant en principe : que toute hypothèque sera publique, que l'hypothèque conventionnelle sera toujours spéciale ; que la sûreté de la femme et du mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs.

[1] *Supra*, I, Introduction, p. xxxvi, et s.

Nous nous sommes déjà expliqués sur la spécialité de l'hypothèque conventionnelle. Nous n'avons donc à parler ici que de la publicité. Nous rechercherons comment elle a été organisée et comment notre code a veillé aux intérêts de la femme, du mineur et de l'interdit.

Il est inutile d'insister, dans l'état actuel de nos mœurs et de l'opinion publique, sur la nécessité d'un régime de publicité qui permette aux intéressés de connaître les droits de ceux avec lesquels ils traitent, et de s'assurer de la valeur des garanties qui leur sont offertes.

1434. Il est nécessaire de déterminer tout d'abord la portée des articles dont nous allons aborder le commentaire. On sait que l'hypothèque engendre deux droits distincts, le droit de préférence et le droit de suite. Le droit de préférence est de l'essence de l'hypothèque ; il s'exerce sur le prix ou sur la somme représentative de la valeur de l'objet grevé, comme en cas d'assurance depuis la loi du 19 février 1889 ; il confère au créancier hypothécaire le droit d'être payé sur ces sommes par préférence aux autres créanciers du même débiteur, il produit donc ses effets dans les rapports des créanciers entre eux. Le droit de suite est un moyen mis par la loi à la disposition du créancier hypothécaire pour exercer son droit de préférence, lorsque l'immeuble grevé est sorti du patrimoine de son débiteur ou des représentants à titre universel de celui-ci. Il protège le créancier contre l'effet de ces aliénations ; il lui conserve son gage. Les articles de la section quatrième, qui termine le chapitre particulier consacré aux hypothèques, ne traitent que du droit de préférence. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire soit la rubrique de la section : *Du rang que les hypothèques ont* ENTRE ELLES, soit les premiers mots de l'art. 2134 : *Entre les créanciers ;* on sait que le droit de suite ne s'exerce pas entre créanciers, mais bien contre les tiers détenteurs. C'est dans le chapitre VI (art. 2166 et s.) que le législateur s'occupera de la publicité des hypothèques, en tant qu'elle est requise pour l'exercice du droit de suite.

1435. Remarquons que, au point de vue de l'exercice du droit de suite, les règles de publicité prescrites sont les mêmes pour les privilèges et pour les hypothèques.

Le but du créancier qu'il soit pourvu d'un privilège ou d'une hypothèque est identique. Il poursuit l'expropriation de l'immeuble affecté à sa garantie, si mieux n'aime le tiers détenteur payer ou délaisser. C'est pourquoi le législateur a édicté les mêmes règles pour les deux cas et les a tout naturellement réunies dans un seul chapitre, le chapitre VI.

1436. Il n'en est plus de même, lorsqu'il s'agit du droit de préférence. Le rang des privilèges est, sous la réserve des explications dejà données (1), déterminé par la qualité de la créance ; le rang des hypothèques par la règle *potior tempore, potior jure,* non plus par la date de la naissance du droit mais par la date de l'inscription.

C'est pourquoi le législateur a eu raison de traiter ces matières différentes dans des chapitres distincts. On commettrait donc une erreur si on prétendait, comme on l'a fait, voir dans les dispositions des art. **2106** et **2134** deux règles identiques, soit qu'on confondit l'effet du privilège et le rang de l'hypothèque (2), soit surtout qu'on fît dépendre le rang du privilège comme le rang de l'hypothèque de la date de l'inscription (3). Si ces théories étaient exactes, si les privilèges et les hypothèques étaient régis par une même règle, le législateur aurait eu tort de traiter cette matière dans deux chapitres différents. Son plan serait défectueux, il aurait dû procéder comme il l'a fait très justement pour le droit de suite, et grouper dans un seul et même chapitre toutes les dispositions relatives au droit de préférence. L'ordre suivi par les rédacteurs du code montre à l'évidence qu'ils ont entendu résoudre d'une façon séparée des questions qui relèvent de principes différents (4).

En terminant ces observations nous ferons toutefois remarquer que le législateur ne s'est pas conformé à son plan d'une manière absolument rigoureuse. Les hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée sont dispensées de publicité au double point de vue du droit de pré-

(1) *Supra,* I, 787, 800 s.
(2) Persil, I, sur l'art. 2134, I ; Martou, III, 1028.
(3) Troplong, II, 554. — Cpr. *supra,* I, 804-805.
(4) Pont, II, 725.

férence et du droit de suite, quoique la dispense ne soit écrite que dans l'art. 2135 à propos du droit de préférence ; mais, si alors elle n'est pas répétée dans l'art. 2166, elle résulte avec certitude des art. 2193 et suiv.

1437. La règle de publicité, édictée par le code, s'applique en principe à toute les hypothèques, aux hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles, selon la formule de l'art. 2134. Mais ce principe comporte des exceptions que le texte de la loi réserve. C'est la consécration des idées que le premier consul avait défendues dans la discussion au conseil d'Etat et qui avaient trouvé leur expression dans cette formule déjà citée : la sûreté de la femme et du mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs. Ici se manifeste le caractère transactionnel de l'œuvre de 1804. Le législateur accepte le principe de publicité écrit dans la loi du 11 brumaire an VII. Mais il répudie ce qui lui paraît exagéré dans l'application qu'on en avait faite. La loi de brumaire édictait un principe absolu : toutes les hypothèques y étaient soumises, quelle que fût leur origine, qu'elles fussent légales, judiciaires ou conventionnelles ; la règle ne comportait aucune exception (art. 3).

A ce point de vue, les auteurs du code ont obéi à la même inspiration que le rédacteur de l'édit de 1673 ; mais plus prudents et plus sages, ils renferment l'exception dans des limites plus étroites. Le bénéfice de la dispense d'inscription était jadis accordé, indépendamment de l'hypothèque du mineur et de la femme, aux privilèges et hypothèques du roi sur les biens de ses fermiers comptables et de tous autres qui avaient eu maniement de ses deniers (art. 56), à ceux qui grevaient les biens des receveurs des consignations et des commissaires aux saisies réelles au profit des créanciers des consignations et des saisies réelles (art. 66), à ceux que les seigneurs féodaux, ou censiers avaient pour la conservation de leurs droits (art. 67). Le code, au contraire, ne dispense de la publicité que les hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée. Toutes les autres hypothèques légales restent soumises à la règle générale de l'art. 2134. Aussi est-il inexact, comme on le fait quelquefois, de voir dans la dispense d'ins-

cription l'un des caractères des hypothèques légales. Pour s'en convaincre il suffit de lire l'art. 2134 : « Entre les créanciers, » l'hypothèque *soit légale*... n'a de rang que du jour de l'inscription... ». Sans doute les hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée sont régies par des dispositions particulières, mais c'est là une exception, et en principe les hypothèques légales, comme toutes les autres, doivent être rendues publiques.

Nous reprocherons cependant au législateur de 1804 d'avoir lui-même commis une exagération dans cette matière. La dispense d'inscription qu'il accorde aux incapables était indéfinie dans sa durée. Basée sur l'incapacité du créancier, elle survivait à cette incapacité. Il semblait plus rationnel qu'elle cessât avec la cause qui l'avait engendrée. L'auteur de l'édit de 1673 l'avait parfaitement compris. Le Code en décidait autrement. Nous verrons que la loi du 23 mars 1855 a corrigé cette erreur ou réparé cet oubli. Mais nous constaterons en même temps qu'elle a été moins prévoyante que l'édit de 1673. Nous espérons en effet démontrer que la séparation de biens ou de corps et de biens ne met pas un terme à la dispense de publicité.

1438. Cette publicité n'est requise par la loi que pour assurer l'exercice du droit de préférence (art. 2134) et du droit de suite (art. 2166). Or le créancier hypothécaire n'a besoin d'invoquer ces deux attributs de son hypothèque qu'à l'égard des tiers ; il se prévaut du droit de préférence à l'encontre des autres créanciers du même débiteur ; il oppose le droit de suite au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué. Par conséquent, la publicité n'est exigée que pour assurer l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers [1] ; elle n'est pas une condition requise pour l'existence ou la validité du droit hypothécaire [2]. La formule employée par l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an VII pouvait laisser quelques doutes

[1] Espagne, *L. hyp.*, art. 23-25. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1224. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3314-3315.

[2] Grenier, I, 60 ; Laurent, XXX, 546 ; Pont, II, 731 ; Lepinois, IV, 1566 ; Huc, XIII, 251-252 ; Beudant, II, 715 ; Planiol, II, 2980-2981. — Cpr. cep. Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 2.

à ce sujet : « L'hypothèque *existe, mais à la charge de l'inscription* ». L'art. 5 de la même loi confirmerait cette induction : « L'inscription qui serait faite dans les dix jours avant » la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiements » du débiteur, *ne confère point hypothèque* ». Il semblerait résulter de ces textes que l'inscription est nécessaire pour l'existence du droit, qu'elle est la condition même de sa naissance. C'est à cette idée que peut se rattacher une théorie que nous aurons à discuter en commentant l'art. 2146 et aux termes de laquelle l'inscription serait une sorte de confirmation du droit hypothécaire.

Mais si les formules de la loi de brumaire sont légèrement incertaines, la volonté des rédacteurs du code ne laisse place à aucun doute. La publicité n'est requise que pour assurer l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers. Les art. 2134 et 2166 nous en ont fourni la preuve. L'art. 2146 confirme cette interprétation quand il dispose : « *Elles* [les inscriptions] » *ne produisent aucun effet* si elles sont prises dans le délai » pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites » sont déclarés nuls ».

Ce n'est donc pas l'hypothèque qui est atteinte dans son existence ; l'inscription seule est inopérante ; l'hypothèque est destituée des effets subordonnés par la loi à la condition de la publicité. Il est vrai que dans l'art. 2135 le législateur nous parle de certaines hypothèques qui *existent indépendamment de toute inscription*. Mais il suffit de lire le texte pour être convaincu que la loi s'occupe seulement de l'efficacité, non de l'existence de l'hypothèque considérée en elle-même ; la loi y détermine en effet le rang des hypothèques dispensées d'inscription ; elle y règle les effets de l'hypothèque à l'égard des autres créanciers, c'est-à-dire à l'égard des tiers. La formule de l'art. 2135 doit donc être traduite ainsi : « L'hypothèque existe, *à l'encontre des autres créanciers,* » indépendamment de toute inscription ». Du reste, le rapprochement de l'art. 2134, auquel l'art. 2135 apporte une exception, confirme cette interprétation et prouve que ce dernier article ne résout qu'une question de rang, ne se réfère qu'à l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers.

1439. De là résulte cette conséquence que la publicité n'est pas requise dans les rapports des parties (1). A l'égard du débiteur dont les immeubles sont grevés d'une hypothèque légale, judiciaire ou conventionnelle, ou d'une manière plus générale à l'égard du constituant, de ses héritiers ou successeurs universels ou à titre universel qui continuent sa personne ou le représentent, l'hypothèque existe sans publicité, elle produit les effets qui y sont attachés (2) et apporte aux droits du constituant les restrictions que nous déterminerons (3). Il en est de même dans les rapports des héritiers entre eux (4).

Ainsi le débiteur et ses successeurs universels ou à titre universel ne peuvent pas invoquer les vices ou les irrégularités d'une inscription et en demander la radiation pour ce motif. Leur demande serait d'ailleurs sans intérêt; car, après la radiation, le créancier aurait toujours le droit de requérir une nouvelle inscription (5).

Ainsi encore, le débiteur et ses successeurs universels ou à titre universel ne peuvent pas se prévaloir du défaut de renouvellement de l'inscription (6). Si, par exemple, le constituant avait aliéné l'immeuble hypothéqué et obtenu de l'acquéreur la constitution d'une hypothèque à son profit, il ne serait pas admis à exciper de l'irrégularité ou du défaut de renouvellement des inscriptions des hypothèques par lui

(1) Italie, *C. civ.*, art. 1942. — Espagne, *C. civ.*, art. 606, *L. hyp.*, art. 2. — Portugal, *C. civ.*, art. 951, 964. — Valais, *C. civ.*, art. 1899. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3316. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3135.

(2) Grenier, I, 66; Battur, II, 383; Troplong, II, 567; Pont, II, 730; Aubry et Rau, § 267, III, 4e éd. p. 286, 5e éd. p. 483; Laurent, XXX, 553; Thézard, 137, 264; André, 757; Garsonnet et Cézar-Bru, IV, § 1256, texte et note 6, p. 86; Thiry, IV, 520; Guillouard, III, 1044; Lepinois, IV, 1574; Huc, XIII, 252; Beudant, II, 715; Planiol, II, 2981. — Civ. cass., 16 avril 1839, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1404, S., 39. 1. 511. — Req., 24 juil. 1855, D., 55. 1. 396. — Limoges, 16 juin 1886, D., 89. 2. 31.

(3) *Infra*, III, 1994 et s.

(4) Toulouse, 23 janv. 1903, D., 04. 2. 309.

(5) Merlin, *Quest.*, v° *Insc. hyp.*, § 1 *in fine;* Grenier, I, 66; Troplong, II, 567; Pont, II, 730; Aubry et Rau, § 267, III, 4e éd. p. 286, 5e éd. p. 483-484; Thézard, 264; Laurent, XXX, 553; Huc, XIII, 252; Beudant, II, 715; Planiol, II, 2981. — Besançon, 22 juin 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1403, S., 13. 2. 318.

(6) Louisiane, *C. civ.*, art. 3316.

constituées sur le même immeuble pour exercer son hypothèque au préjudice de ses propres créanciers hypothécaires [1].

Ainsi enfin, le créancier qui n'a pas fait inscrire son hypothèque n'en a pas moins le droit, après le décès de son débiteur, de poursuivre pour le tout par l'action hypothécaire celui des héritiers au lot duquel a été placé dans le partage l'immeuble hypothéqué ou l'un des immeubles hypothéqués [2]. L'art. **1221** consacre cette solution et la considère comme une conséquence de l'hypothèque et de son indivisibilité. Il suffit donc que l'hypothèque existe pour que le créancier jouisse de ce droit. Nulle condition de publicité ne saurait être exigée, car la publicité n'est requise qu'à l'égard des tiers ; les héritiers du débiteur sont les continuateurs et les représentants de celui-ci ; pas plus que leur auteur, ils ne peuvent se prévaloir du défaut de publicité.

1440. Ainsi donc l'hypothèque doit être rendue publique pour produire ses effets à l'égard des tiers. Or ces effets se résument, à ce point de vue, dans le droit de suite et dans le droit de préférence. Par conséquent, il faut comprendre sous la dénomination de tiers tous ceux auquels l'exercice de l'un ou de l'autre de ces droits est de nature à causer préjudice [3].

Rentrent dans cette catégorie :

1° Les tiers acquéreurs. Pour que le droit de suite puisse être exercé contre un tiers acquéreur, il faut que l'hypothèque ait été inscrite avant le moment où il est devenu propriétaire et où son droit de propriété est devenu opposable aux tiers. Les principes généraux suffisent pour déterminer cette date. Si l'acquisition résulte d'un titre qui n'est pas sujet à transcription, ce sera le moment auquel s'opèrera le transfert de propriété (rappelons qu'il ne peut être question que des

(1) Aubry et Rau, § 267, III, 4e éd. p. 286, 5e éd. p. 484; Guillouard, III, 1044; Lepinois, IV, 1576; Huc, XIII, 252; Beudant, II, 715. — Civ. cass., 16 avril 1839, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1404, S., 39. 1. 511. — Req., 24 juillet 1855, D., 55. 1. 396.

(2) Aubry et Rau, § 267, III, 4e éd. p. 286, 5e éd. p. 484 ; Thézard, 137 ; de France de Tersant, 23; Guillouard, III, 1044; Huc, XIII, 252; Planiol, II, 2981. — Cpr. cep. Laurent, XXX, 554; Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-VIII.

(3) Espagne, *L. hyp.*, art. 27.

acquéreurs à titre particulier) ; si l'acquisition résulte d'une convention dont l'efficacité est subordonnée à la condition de la transcription, il faudra que la publicité de l'hypothèque soit antérieure à la transcription. Si les deux formalités avaient été remplies le même jour, les droits se détermineraient par l'heure de la remise des pièces. Le registre des dépôts tenu par le conservateur des hypothèques sera dans ce cas d'un grand secours ; l'ordre d'inscription des remises servira à déterminer le droit de chacun ; cette preuve cependant n'est pas irréfragable et les parties seraient admises à prouver l'erreur qui aurait été commise par le conservateur [1] ;

2° Les autres créanciers hypothécaires du débiteur commun ; leur droit résulte de l'art. 2134 ;

3° Les créanciers, même simplement chirographaires, du débiteur commun.

On leur a cependant contesté ce droit dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation du code civil. On a soutenu que les créanciers chirographaires, ayant suivi la foi de leur débiteur, ne sont que des ayants cause universels et ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur, qu'ils ne peuvent, pas plus que celui-ci, se prévaloir du défaut de publicité ou des irrégularités commises. On ajoutait que les créanciers chirographaires n'ayant ni rang, ni préférence doivent céder le pas à un créancier, qui trouve un droit spécial dans le seul fait de l'existence de l'hypothèque stipulée à son profit. On faisait enfin remarquer que l'art. 2134, réglant le rang entre les créanciers, ne peut s'appliquer qu'aux créanciers ayant droit à un rang et est, par suite, étranger aux créanciers chirographaires qui ne peuvent prétendre à aucun rang.

Mais la jurisprudence n'a pas hésité à faire justice de cette thèse. Les créanciers chirographaires sont bien des ayants cause lorsqu'ils invoquent les droits de leur débiteur, lorsque, par exemple, ils saisissent un bien qu'ils prétendent lui appartenir. Mais lorsqu'il s'agit de répartir le prix des biens du débiteur, et lorsqu'ils contestent une cause de préférence

[1] V. *Infra*, III, 2073 et s.

invoquée, ils deviennent des tiers. Ils ne se prévalent plus d'un droit qui aurait pris naissance en la personne de leur débiteur ; ils argumentent d'un droit propre, né sur leur tête et écrit dans l'art. 2134. Ce texte ne fait en effet aucune distinction ; il dispose dans les termes les plus généraux qu'*entre créanciers* l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription. Tous les créanciers y jouissent donc du même droit ; à leur égard, il n'y a de causes légitimes de préférence, conformément aux art. 2093 et 2094, que celles qui ont été conservées conformément à la loi. Lorsque le créancier hypothécaire demande à être payé avant les créanciers chirographaires, il prétend à un rang préférable, il prétend sortir de la masse des créanciers entre lesquels le prix des biens du débiteur doit être distribué par contribution (art. 2093). Ce droit ne peut être invoqué que si l'hypothèque a été rendue publique. A défaut d'inscription, les créanciers chirographaires ont le droit d'exiger l'application du droit commun de l'art. 2093. C'est à tort qu'on prétend limiter l'art. 2134 aux créanciers ayant droit à un rang et exclure les créanciers chirographaires du bénéfice de cette disposition. Cette argumentation est condamnée par l'art. 2135, qui, employant une autre formule pour déroger à l'art. 2134, parle de l'*existence* de l'hypothèque et embrasse ainsi dans sa généralité même les créanciers chirographaires [1].

On ne voit pas bien, au premier abord, ce que peuvent gagner ces derniers à se prévaloir du défaut d'inscription. En effet, le créancier hypothécaire qui se verra opposer cette fin de non-recevoir inscrira son hypothèque et tout sera dit ! L'intérêt apparaît, si l'on songe que certains événements arrêtent le cours des inscriptions, par exemple la mort du

[1] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 2 ; Delvincourt, III, p. 314 ; Persil, I, sur l'art. 2134, I ; Grenier, I, 60 ; Troplong, II, 568 ; Pont, II, 729 ; Flandin, II, 1539 ; Aubry et Rau, § 267, texte et note 3, III, 4e éd. p. 286, 5e éd. p. 483 ; Colmet de Santerre, IX, 101 *bis*-II ; Thézard, 137 ; Garsonnet et Cézar-Bru, IV, § 1256, note 5, p. 86 ; Thiry, IV, 520 ; Guillouard III, 1043 ; Lepinois, IV, 1569 ; Huc, XIII, 253 ; Beudant, II, 716 ; Planiol, II, 2980. — Req., 19 décembre 1809, S., 10. 1. 101. — Civ. rej., 11 juin 1817, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1411, S., 18. 1. 41. — Civ. cass., 17 août 1868, D., 68. 1. 398, S., 68. 1. 377. — Cpr. Laurent, XXX, 551.

débiteur suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de la vacance de sa succession (art. 2146), la prononciation du jugement qui déclare sa faillite (art. 448 C. co.) ou déclare ouverte la liquidation judiciaire. Si l'un de ces événements est survenu, les créanciers chirographaires auront avantage à opposer le défaut d'inscription ; car ils éviteront ainsi d'être primés par le créancier non inscrit.

1441. Nous avons déjà dit que cette publicité se réalise au moyen d'une inscription. Cette formalité a été empruntée par les rédacteurs du code civil aux lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII. Elle n'est que la reproduction, sous une dénomination nouvelle, de l'opposition qu'avait instituée l'édit de 1673. Nous aurons à déterminer les formes de cette inscription ; nous rechercherons alors les conséquences de leur inobservation. Nous ne ferons ici qu'une remarque.

L'inscription de l'hypothèque est le seul mode de publicité reconnu par la loi. Rien ne peut la remplacer. Nous avons vu cependant que pour certains privilèges, notamment le privilège du vendeur d'immeubles, la loi édicte des règles différentes (1). La connaissance que les tiers auraient acquise d'une autre manière de l'existence de l'hypothèque ne leur enlèverait pas, en principe, le droit de se prévaloir du défaut d'inscription (2). En vain on objecterait que la publicité a été introduite dans l'intérêt des tiers pour qu'ils traitent en connaissance de cause, et que l'inscription est superflue lorsqu'ils savent l'existence de l'hypothèque. Nous répondrions que l'objection n'est exacte que dans le cas où les tiers ont été avertis avant de contracter avec le débiteur. Mais nous préférons dire avec Pothier que « *les formalités ne se suppléent pas* » (3). La loi a voulu qu'on donnât connaissance de l'hypothèque, au moyen d'une inscription, à tous ceux qui traitent avec le débiteur. On ne doit pas prendre en considération la connaissance qu'ils ont pu acquérir par une autre voie. La loi consacre cette solution en matière de substitution par l'art. 1071. Or, la transcription des subtitutions et l'inscription des

(1) *Supra*, I, 811 s.
(2) République Argentine, *C. civ.*, art. 3136.
(3) *Tr. des substitutions*, n. 35. — Rapp. *Tr. des donat. entre vifs*, n. 119.

hypothèques présentent les mêmes caractères; ce sont également des formalités de publicité prescrites dans l'intérêt des tiers; il est rationnel de les soumettre à la même règle. Par conséquent, les tiers acquéreurs et les créanciers peuvent invoquer l'absence d'inscription ou le défaut de renouvellement de l'inscription, contester la validité ou l'efficacité de l'inscription requise, sans avoir à craindre qu'on leur oppose la connaissance qu'ils auraient eue de l'hypothèque avant de traiter avec le débiteur (1).

Cette règle comporterait exception dans le cas de fraude ou de dol. Le tiers se rendrait alors coupable d'un véritable délit civil. Il serait tenu, en vertu de l'art. **1382**, de réparer le préjudice causé; on pourrait considérer comme la meilleure de toutes les réparations l'interdiction de se prévaloir du défaut d'inscription (2).

1442. Enfin si la règle de l'art. **2134** a été édictée dans l'intérêt des tiers et dans un intérêt d'ordre public, rien ne s'oppose, croyons-nous, à ce que les tiers intéressés renoncent à s'en prévaloir. Sans doute les parties ne pourraient pas convenir que l'efficacité de l'hypothèque sera indépendante de toute inscription. Une pareille convention serait prohibée et frappée de nullité (arg. art. 6). Mais nous ne verrions aucun obstacle à ce qu'un créancier prit l'engagement de ne pas se prévaloir du défaut d'inscription d'une hypothèque déterminée. Cette convention ne lie que le promettant, elle n'engage pas les tiers, elle ne déroge donc point à la règle d'intérêt général ou d'ordre public qui détermine le rang des créanciers, elle ne se réfère qu'aux intérêts par-

(1) Grenier, I, 60; Troplong, II, 509; Martou, III, 1029; Pont, II, 728; Aubry et Rau, § 267, texte et note 9, III, 4e éd. p. 287, 5e éd. p. 484; Thézard, 137; Guillouard, III, 1045; Lepinois, IV, 1574; Beudant, II, 716. — Paris, 21 juill. 1807, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1364, S., 7. 2. 179. — Bruxelles, 6 juin 1809, *J. G.*, eod. v°, 1370, S., 14. 2. 62. — Turin, 16 mars 1811, *J. G.*, eod. v°, 1588, S., 11. 2. 423. — Civ. rej., 27 mars 1849, D., 49. 1. 168, S., 49. 1. 509. — Cpr. Laurent, XXX, 552. — Req., 7 décembre 1831, S., 33. 1. 315.

(2) Pont, II, 728; Aubry et Rau, § 267, note 9, III, 4e éd. p. 287, 5e éd. p. 484; Guillouard, III, 1045. — C'est par cette considération que s'explique un arrêt de la chambre des requêtes du 7 déc. 1831, S., 33. 1. 315 que Pont, *loc. cit.*, critique très vivement. — Cpr. dans le même sens Limoges, 26 juin 1866, et sur pourvoi Req., 22 janv. 1868, D., 68. 1. 167.

ticuliers des créanciers qui y figurent. Sa validité nous paraît incontestable [1].

N° 1. Principe.

1443. « *Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrite par la loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant* ». Ainsi s'exprime l'art. **2134** [2].

L'inscription n'est, nous l'avons déjà fait observer, qu'une formalité extrinsèque, étrangère à l'existence et à la validité de l'hypothèque. Mais elle est indispensable pour lui donner la vie « en lui attribuant, comme le dit très justement » P. Pont [3], le droit de *prendre rang* entre les créanciers,

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, XXX, 548; Guillouard, III, 1045.

[2] Nous groupons ici toutes les législations qui ordonnent la publicité soit qu'elles la requièrent seulement pour rendre l'hypothèque opposable aux tiers, soit qu'elles la considèrent comme nécessaire pour l'acquisition du droit : Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 81. — Italie, *C. civ.*, art. 2007-2008. — Monaco, *C. civ.*, art. 1972. — Espagne, *L. hyp.*, art. 25, 146. — Portugal, *C. civ.*, art. 949, 956, 1017-1018. — Fribourg, *C. civ.*, art. 656 al. 2. 657, 659, 666, 669, *C. de la disc. des biens*, art. 149. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1729. — Tessin, *C. civ.*, art. 866, 884-885; L. 24 octobre 1891, *Ann. de lég. étr.*, XXI, p. 772. — Vaud, *C. civ.*, art. 1593; L. 20 janvier 1882, art. 21-22. — Valais, *C. civ.*, art. 1899, 1919; L. 2 décembre 1892 modifiant l'art. 1922 *C. civ.*, *Ann. de lég. étr.*, XXII, p. 643. — Zurich, *C. civ.*, art. 341-343. — Berne, *C. civ.*, art. 486. — Soleure, *C. civ.*, art. 833, 855, 869. — Glaris, *C. civ.*, 1re part. (1869), art. 101, *Ann. de lég. étr.*, IV, p. 552. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1224, 1226. — Grand duché de Bade, L. 29 mars 1890, *Ann. de lég. étr.*, XX, p. 297. — Bavière, Palatinat Rhénan, L. 26 avril 1888, *Ann. de lég. étr.*, XVIII, p. 351. — Hesse Rhénane, L. 10 mai 1893, art. 14, *Ann. de lég. étr.*, XXIII, p. 189. — Loi prussienne, 5 mai 1872, *Ann. de lég. étr.*, II, p. 208 s. et la notice de P. Gide. — Brunswick, L. 8 mars 1878, *Ann. de lég. étr.*, VIII, p. 193. — Suède, L. de 1875, *Ann. de lég. étr.*, V, p. 834; Ord., 16 juin 1875, art. 18. — Finlande, L. 9 novembre 1868, *Ann. de lég. étr.*, IX, p. 745. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 51; L. 6 août 1825, art. 17. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1778. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 868, 193, 212. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 16, 20, 44. — Massachusets, *Ann. de lég. étr.*, V, p. 856. — Illinois, *Act* 29 mars 1872, art. 28, *Ann. de lég. étr.*, II, p. 77, amendé par *Act* 3 avril 1873, *Ann. de lég. étr.*, III, p. 565. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3297, 3319-3320, 3322. — Mexico, *C. civ.*, art. 2016. — Haïti, *C. civ.*, art. 1901. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2077. — République Argentine, *C. civ.*, 3134, 3149. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2279. — Chili, *C. civ.*, art. 2410.

[3] Pont, II, 731.

» et de se produire *en réalité et en fait* ce qu'elle est *en droit,* » c'est-à-dire comme une cause légitime de préférence ».

1444. L'inscription sert à déterminer le rang de l'hypothèque, c'est-à-dire la place qu'occupera le créancier hypothécaire dans l'*ordre* qui pourra s'ouvrir plus tard sur le prix de l'immeuble, en vue de régler la distribution de ce prix entre les divers créanciers. Chaque hypothèque (et sous cette dénomination nous comprenons même les privilèges dégénérés en hypothèques, faute d'avoir été conservés en temps utile) prend rang à dater de son inscription [1]; de sorte que les divers créanciers qui ont hypothèque sur un même immeuble sont payés d'après l'ordre des inscriptions, en commençant par la plus ancienne. On ne tient aucun compte de la qualité des différents créanciers hypothécaires, contrairement à ce qui a lieu en matière de privilèges, ni de la date de leurs créances, ni même de la date des diverses constitutions d'hypothèques, de sorte que le créancier qui a l'hypothèque la plus ancienne ne passera pas nécessairement le premier. Seule, la date des inscriptions a ici une importance décisive, et c'est à elle qu'il faut songer quand on cite la maxime *Prior tempore potior jure,* qui, en droit romain et dans notre ancien droit français, se rapportait à la date des constitutions d'hypothèques. En d'autres termes, la maxime précitée signifiait autrefois que le créancier à colloquer en première ligne était celui dont l'hypothèque était la plus ancienne; elle signifie aujourd'hui que le premier rang appartient au premier inscrit. Autrefois, c'était la date des constitutions d'hypothèques qui déterminait l'ordre de préférence; aujourd'hui, c'est la date des inscriptions.

Il en est ainsi de l'hypothèque consentie sous condition suspensive. Le créancier a le droit de la faire inscrire de suite. Si la condition se réalise, la date de l'inscription déterminera le rang de l'hypothèque [2].

Il en est de même pour l'hypothèque qui garantit une créance conditionnelle ou même simplement éventuelle. Son

(1) Loi Prussienne, 5 mai 1872, art. 34, 36, *Ann. de législ. étr.*, II, p. 227.

(2) Aubry et Rau, § 291, III, 4e éd. p. 486, 5e éd. p. 809; Guillouard, IV, 1887. — Agen, 3 janv. 1844, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2316, S., 45. 2. 405.

rang est déterminé par la date de l'inscription. Il n'y a pas lieu de se préoccuper de l'époque à laquelle se réalise la condition ou l'éventualité prévue par les parties. Du moment où l'inscription peut être requise, l'art. 2134 reçoit son application et le rang de l'hypothèque se trouve déterminé par la date de cette inscription. Ainsi en est-il notamment de l'hypothèque qui garantit une ouverture de crédit (1).

1445. C'est donc la date des inscriptions qui détermine le rang des hypothèques. L'application de cette règle donne naissance à une difficulté. On suppose que deux créanciers hypothécaires ont fait inscrire leurs hypothèques le même jour. On se demande dans quel ordre ils seront colloqués. Le principe de l'art. 2134 nous conduirait à donner la préférence à celui dont l'hypothèque a été inscrite la première ou plus exactement à celui qui a le premier requis l'inscription de son hypothèque, les inscriptions devant être opérées dans l'ordre des réquisitions (art. 2200). Il suffirait donc de consulter le registre des dépôts pour connaître l'ordre des réquisitions et déterminer le rang des créanciers, mais la valeur de cette preuve n'échappe pas à toute discussion, parce que le registre des remises ou des dépôts n'est pas public et n'est pas institué pour rendre les formalités hypothécaires opposables aux tiers (2). Aussi ses énonciations peuvent-elles être détruites par la preuve contraire. C'est la solution généralement admise en matière de transcription (3). C'est le système seul admissible, lorsque le conflit s'élevant entre un acquéreur et un créancier saisissant, l'acte d'acquisition et la saisie ont été transcrits le même jour (4). La logique nous eût conduits à une solution identique, lorsque le conflit s'élève entre deux créanciers hypothécaires inscrits le même jour.

(1) *Supra*, II, 1286.

(2) Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 203.

(3) Fons, 45 ; Sellier, II, 170 ; Flandin, II, 920 à 923 ; Aubry et Rau, § 174, texte et note 23, II, 4e éd. p. 61-62 ; 5e éd. p. 87-88. — V. cep. en sens divers Bressolles, 45 ; Troplong, *Transcr.*, 192 s. ; Rivière et Huguet, 203 et 204 ; Mourlon, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 477 s., *Transcr.*, II, 517 ; Verdier, I, 386 s.

(4) Verdier, I, 388. — Paris, 9 fév. 1877, D., 77. 2. 74, S., 77. 2. 55. — Bourges, 12 déc. 1887, D., 88. 2. 298, S., 88. 2. 59 et sur pourvoi Req., 18 déc. 1888, D., 89. 1. 185, S., 89. 1. 64.

L'art. 2147, conforme à l'art. 14 de la loi du 11 brumaire an VII, mais contraire à l'art. 23 de la loi du 9 messidor an III, édicte une règle opposée. Il colloque en concurrence et au même rang les créanciers inscrits le même jour sans tenir compte de l'ordre des inscriptions ni de l'heure des réquisitions.

« *Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en con-* » *currence une hypothèque de la même date, sans distinction* » *entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette dif-* » *rence serait marquée par le conservateur* » (art. 2147) [1].

Il est difficile de donner de cette différence une explication satisfaisante. On dit bien qu'en matière de transcription il faut nécessairement préférer l'un des acquéreurs, deux personnes ne pouvant être en même temps propriétaires pour le tout d'une même chose, tandis qu'en matière hypothécaire la même exclusion ne s'impose pas, deux créanciers hypothécaires pouvant être colloqués au même rang sur le prix de l'immeuble. Qu'importe? Il faut supposer que la somme à distribuer est insuffisante pour les désintéresser l'un et l'autre, autrement la question serait sans intérêt. Dans cette occurrence, la loi sacrifie les droits de celui qui le premier a présenté son titre pour remplir les formalités légales. N'est-ce pas injuste? On dit encore : La loi n'a pas voulu qu'une différence de quelques heures, due souvent à des circonstances fortuites, créât un droit de priorité. On fait observer qu'il est difficile de connaître avec certitude celui qui s'est présenté le premier au bureau du conservateur. Une erreur, la fraude peut-être, attribuerait le premier rang à celui qui a rempli le dernier les formalités légales. Ces considérations ne suffisent pas pour justifier la disposition exceptionnelle de

[1] Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 81. — Italie, *C. civ.*, art. 2007-2009. — Monaco, *C. civ.*, art. 1987. — Espagne, *L. hyp.*, art. 26. — Portugal, *C. civ.*, art. 956 et § 2, 1017. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1733. — Tessin, *C. civ.*, art. 886. — Valais, *C. civ.*, art. 1920. — Zurich, *C. civ.*, art. 344. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1226. — Allemagne, L. 24 mars 1897, *sur les registres fonciers*, art. 46, *Ann. de législ. étrang.*, XXVII, p. 139. — Suède, L. de 1875, *Ann. de législ. étrang.*, V, p. 834. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1779. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 20, 46. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2130. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3321. — Haïti, *C. civ.*, art. 1914. — Guatémala, *C. civ*, art. 2104.

l'art. 2147. Nous pensons que le législateur aurait été mieux inspiré en ne dérogeant pas au principe de l'art. 2134 ; les tribunaux auraient résolu, selon les circonstances, les difficultés qui se seraient élevées (1).

Quoi qu'il en soit, l'art. 2147 est formel et sa disposition doit être appliquée avec toute l'étendue qu'elle comporte ; elle servira donc à régler le conflit d'hypothèques générales et d'hypothèques spéciales, d'hypothèques ordinaires et légales assujetties à l'inscription ou de privilèges dégénérés en hypothèques (2), d'hypothèques légales dispensées d'inscription dont l'efficacité remonterait au même jour (3) ainsi que le conflit entre des hypothèques de cette nature et des hypothèques sujettes à l'inscription et inscrites le jour duquel date l'efficacité des premières (4).

1446. L'art. 10 de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime (art. 10 L. 10 décembre 1874), décide également que les hypothèques inscrites le même jour viennent en concurrence, nonobstant la différence des heures des inscriptions (5).

1447. La règle que le rang des hypothèques se détermine par l'ordre des inscriptions est formulée par la loi dans les termes les plus généraux et par conséquent elle s'applique aux hypothèques portant sur les biens à venir comme à celles portant sur les biens présents.

L'application de cette règle va toute seule en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, en tant qu'elle affecte les biens à venir : ce qui ne peut arriver qu'exceptionnellement (6). Nous savons que le créancier auquel une semblable hypothèque a été concédée ne peut pas prendre inscription sur les biens à venir de son débiteur par anticipation, mais seulement au fur et à mesure des acquisitions faites par celui-

(1) Pont, II, 734 ; Laurent, XXX, 550 ; Martou, III, 1033 ; Thiry, IV, 520 ; Guillouard, IV, 1882 ; Lepinois, IV, 1571.

(2) Troplong, II, 664 ; Pont, II, 735-736 ; Martou, III, 1033 ; Aubry et Rau, § 291, III, 4e éd. p. 486, 5e éd. p. 810 ; Guillouard, IV, 1889. — *Contra* Grenier, I, 88.

(3) Pont, II, 735 ; Aubry et Rau, § 291, III, 4e éd. p. 487, 5e éd. p. 810.

(4) Cpr. cep. Huc, XIII, 318.

(5) V. la critique de cette disposition dans T. Morel, *De l'hyp. marit.*, 92 s.

(6) *Supra*, II, 1382 s.

ci. Tout bien qui entre dans le patrimoine du débiteur est immédiatement atteint par l'hypothèque ; mais cette hypothèque n'a de rang qu'à dater de l'inscription prise par le créancier, conformément au droit commun [1].

1448. La règle s'applique-t-elle aussi aux hypothèques légales de l'art. 2121 et aux hypothèques judiciaires? En tant que ces hypothèques portent sur les biens à venir, leur rang sera-t-il déterminé par la date des inscriptions?

Nous n'y voyons guère de doute en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire. On sait qu'elle doit être inscrite ; or le droit commun est que toute hypothèque soumise à la formalité de l'inscription n'a de rang qu'à dater de son inscription ; nul texte ne soustrait l'hypothèque judiciaire à cette règle [2]. Nous en dirions autant, et pour les mêmes motifs, de celles des hypothèques légales de l'art. 2121 qui demeurent soumises à la formalité de l'inscription (hypothèques légales de l'Etat, des communes et des établissements publics). Notons seulement, en ce qui concerne ces hypothèques et les hypothèques judiciaires, une particularité ; l'inscription en peut être requise par anticipation sur les biens à venir, en ce sens que l'inscription prise atteint de plein droit tous les immeubles du débiteur compris dans l'arrondissement du bureau, non seulement ceux qui appartiennent actuellement au débiteur, mais encore ceux qui lui adviendront postérieurement à l'inscription, car la loi ne distingue pas (art. 2148 *in fine*).

La règle reçoit exception relativement aux hypothèques légales dispensées d'inscription (hypothèques légales des mineurs, des interdits et des femmes mariées), au moins tant que dure la dispense d'inscription ; le rang de l'hypothèque est alors indépendant d'une inscription qui n'est pas exigée pour son efficacité. Supposons donc qu'une pareille hypothèque ait été inscrite ; l'inscription atteint tous les immeubles qui adviendront plus tard au débiteur dans l'arrondissement du bureau (art. 2148 *in fine*) ; sur les biens à venir comme sur les biens présents, le rang de l'hypothèque n'est

[1] *Supra*, II, 1398. — *Infra*, II, 1548 I.
[2] Req., 5 nov. 1873, D., 74. 1. 373, S., 74. 1. 81.

pas déterminé par la date de l'inscription, car la loi le fixe indépendamment de l'inscription.

Mais, dans tous les cas, elles sont régies par le principe de l'art. 2147 ; elles viennent au même rang, soit lorsque dispensées d'inscription elles ont pris naissance le même jour [1], soit lorsqu'elles prennent date le jour où a été inscrite une hypothèque assujettie à cette formalité.

1449. L'application de cette règle soulève dans la pratique une difficulté. Les biens d'une personne sont grevés de plusieurs hypothèques frappant ses biens présents et à venir, par exemple de deux hypothèques judiciaires. Ces hypothèques ont été inscrites au même bureau, mais à des dates différentes. Postérieurement le débiteur acquiert un immeuble situé dans l'arrondissement de ce bureau. Dans quel ordre seront colloqués les deux créanciers à hypothèque judiciaire ?

La question n'est pas nouvelle ; elle était même de nature à se présenter bien plus fréquemment dans notre ancienne jurisprudence, parce que toute obligation constatée par un acte notarié donnait naissance à une hypothèque générale. Pothier s'en explique dans les termes suivants [2] : « J'ai » contracté différents engagements envers trois différents » créanciers en différents temps, sous l'hypothèque de mes » biens présents et à venir, et j'ai ensuite acquis un certain » héritage ; ces trois différents créanciers viendront-ils par » concurrence d'hypothèque sur cet héritage, ou suivant » l'ordre des dates de leurs contrats ? Il semblerait qu'ils » devraient venir par concurrence ; car ces trois différents » créanciers ont acquis tous les trois les hypothèques sur cet » héritage, dans le même instant, savoir lors de l'acquisition » qui en a été faite, n'ayant pas pu l'acquérir plus tôt ; *con-* » *currunt tempore,* et, par conséquent, ils paraissent avoir un » droit égal... Nonobstant ces raisons, la jurisprudence est » constante parmi nous que ces créanciers ne doivent pas » concourir, mais qu'ils doivent être colloqués selon l'ordre

(1) Pont, II, 735 ; Aubry et Rau, § 291, III, 4e éd. p. 287, 5e éd. p. 810.

(2) Pothier, *De l'hyp.*, 54. — V. aussi Basnage, *Tr. des hyp.*, ch. V ; d'Héricourt, *Vente des imm.*, ch. XI, sect. 2, n. 13. — *Contra* Guy Coquille, *Cout. du Nivernais*, ch. VII, art. 10.

» des dates de leurs contrats. La raison est que le débiteur, » en contractant avec le premier créancier sous l'hypothèque » de ses biens à venir, s'est interdit le pouvoir de les hypo- » théquer à d'autres au préjudice de ce premier créancier; » par conséquent, quoique ces créanciers acquièrent le droit » d'hypothèque dans le même instant, le premier est cepen- » dant préférable au second, et le second au troisième, parce » que le débiteur n'a pu accorder d'hypothèque à ce second » créancier ni ce second créancier en acquérir, que sur ce » qui resterait après la créance du premier acquittée; et il » en faut dire de même du troisième à l'égard du second ».

1450. La démonstration est péremptoire et nous ne pouvons accepter l'opinion contraire quoiqu'elle ait été enseignée (1). La loi dispense le créancier nanti d'une hypothèque judiciaire, de l'obligation d'indiquer l'espèce et la situation des immeubles sur lesquels il entend conserver son hypothèque. La loi ajoute qu'une seule inscription suffit alors pour atteindre tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau (art. 2148 al. fin.). Il faut en conclure que l'hypothèque est alors conservée dans toute son étendue. C'est un point sur lequel on est généralement d'accord et sur lequel nous aurons l'occasion de revenir en présentant l'explication de l'art. 2148. Par conséquent, le créancier, en se conformant à la loi et en requérant inscription dans les termes de cet article, a conservé son hypothèque judiciaire avec tous les avantages qui y étaient attachés. Or elle lui conférait un droit de préférence sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur, et ce droit de préférence il l'acquiert à l'encontre de tous les créanciers qui ne sont pas encore inscrits, et par suite à l'encontre des autres créanciers qui pourront acquérir ou faire inscrire ultérieurement des hypothèques judiciaires contre le même débiteur. L'ordre de préférence sur les biens à venir se détermine donc, comme l'ordre de préférence sur les biens présents, par la date des inscriptions (2). Nous reproduisons, on le voit, le raisonnement de

(1) Persil, I, sur l'art. 2121, VII; Delvincourt, III, p. 318 s.; Bugnet sur Pothier, *loc. cit.*; Duranton, XIX, 325.

(2) Persil, *Quest.*, I, ch. VI, § 7; Grenier, I, 52; Battur, II, 370; Pont, I, 599,

Pothier; nous l'adaptons seulement aux principes nouveaux consacrés par le Code. Autrefois les hypothèques étaient occultes; l'ordre de préférence entre les créanciers se déterminait par la date des contrats; c'est la règle appliquée par Pothier. Aujourd'hui le rang des hypothèques dépend de la date des inscriptions; c'est par l'inscription que le droit du créancier devient opposable aux tiers; c'est donc à partir du jour où l'inscription a été prise que les tiers ne peuvent pas acquérir de cause de préférence opposable aux créanciers inscrits. La date de l'inscription doit seule être prise en considération. En conséquence, de deux créanciers pourvus d'une hypothèque judiciaire celui-là sera préféré même sur les immeubles à venir qui aura le premier requis inscription, quoique son titre soit postérieur en date. Nous ne tenons plus compte de la date du jugement.

Un auteur [1] a proposé de cette solution une autre justification : « L'erreur de la doctrine contraire est d'avoir supposé que, » dans le cas d'hypothèque générale, c'est l'acquisition qui » fait l'hypothèque quant aux biens à venir : évidemment » l'hypothèque a existé sous cette condition, sans doute, que » des acquisitions seraient faites; mais dès que la condition » s'est réalisée, elle a produit son effet rétroactif, qui, pour » chaque créancier, a fixé la date de son hypothèque au jour » où elle avait été vivifiée par l'inscription ». Nous concevons mal une rétroactivité qui ferait remonter l'hypothèque à une époque où l'immeuble n'appartenait pas encore au débiteur du chef duquel elle serait née, à une époque où cet immeuble appartenait à un tiers et a pu être grevé par ce tiers ou du chef de ce tiers d'autres hypothèques. La vérité, c'est que le créancier à hypothèque judiciaire a acquis un droit de préférence sur les immeubles présents et à venir de ce débiteur, que l'inscription a rendu ce droit opposable aux tiers, que

II, 732; Aubry et Rau, § 291, texte et note 2, III, 4e éd. p. 485, 5e éd. p. 808-809; Colmet de Santerre, IX, 101 *bis*-III; Thézard, 130; André, 742; Guillouard, IV, 1885; Beudant, II, 777; Planiol, II, 3100; Surville, II, 661. — Lyon, 18 fév. 1829, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1392, S., 29. 2. 239. — Caen, 5 avril 1856, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 940, S., 57. 2. 63. — Req., 5 nov. 1873, D., 74. 1. 373, S., 74. 1. 81.

[1] Pont, II, 732.

dorénavant les créanciers du même débiteur ne peuvent pas acquérir de droit de préférence au préjudice de celui qui existe déjà et qui a été conservé. Les hypothèques des divers créanciers viennent bien frapper l'immeuble au même moment, au moment de l'acquisition, mais elles le frappent telles qu'elles existaient, telles qu'elles avaient été conservées, c'est-à-dire dans l'ordre où elles atteignent les autres biens du débiteur; elles ne le frappent pas ensemble.

1451. Cette règle s'applique, d'après ce que nous avons dit, aux hypothèques légales qui frappent les biens présents, et à venir du débiteur, même à celles qui sont dispensées d'inscription. En cas de conflit entre plusieurs hypothèques légales de cette nature, le rang des créanciers se détermine même sur les biens à venir par la date que donne à l'hypothèque la loi ou l'inscription [1].

Le même principe servirait à déterminer le rang de ces hypothèques légales en conflit avec des hypothèques judiciaires.

1451 I. Ces solutions ne s'appliquent toutefois que dans le cas où le conflit s'élève entre créanciers hypothécaires tenant leurs droits du même débiteur. Si les créanciers de l'acquéreur se trouvaient en concours avec des créanciers du précédent propriétaire, par exemple du vendeur, il est évident que les premiers seraient primés par les derniers, alors même que l'hypothèque générale de ceux-là aurait été inscrite avant l'hypothèque générale ou spéciale de ceux-ci [2].

Nous n'hésitons pas, malgré la controverse, à appliquer la même solution aux créanciers héréditaires du défunt en conflit avec des créanciers de l'héritier investis d'une hypothèque générale régulièrement inscrite sur les biens de celui-ci. Alors même que la succession aurait été acceptée purement et simplement, alors même que la séparation des patrimoines n'aurait pas été demandée, les créanciers du défunt n'en primeraient pas moins les créanciers de l'héritier, quoique l'inscription des créanciers héréditaires fût postérieure en date à

[1] De Fréminville, II, 1149; Aubry et Rau, § 291, III, 4e éd. p. 486, 5e éd. p. 809. — *Contra* Duranton, XIX, 325.

[2] Beudant, II, 778; Surville, II, 662.

l'inscription des hypothèques générales grevant l'héritier, pourvu toutefois que l'inscription des premiers précède l'ouverture de la succession. En effet, les créanciers de l'héritier ne sauraient avoir plus de droits que leur auteur ; leurs hypothèques frappent les immeubles transmis à l'héritier dans l'état où ils se trouvent au moment de cette transmission, et par suite grevés des hypothèques valablement constituées et régulièrement inscrites du chef du défunt (1).

N° 2. Exceptions au principe.

1452. Le principe que l'hypothèque n'a de rang que par son inscription souffre deux exceptions indiquées par l'art. **2135** (2). La première est relative à l'hypothèque légale des mineurs et interdits, la seconde, à celle des femmes mariées. Ces deux hypothèques sont dispensées d'inscription, et par conséquent leur rang est déterminé indépendamment de l'inscription.

Le code a ainsi abandonné les principes de la loi de brumaire, et sans étendre l'exception jusqu'aux limites admises par l'édit de **1673** (3), il restreint cette faveur aux mineurs, aux interdits, et aux femmes mariées, c'est-à-dire à ceux dont la loi s'est spécialement chargée de protéger les intérêts. Leurs droits seraient illusoires, s'ils n'étaient pas assurés

(1) Persil, I, sur l'art. 2111, IV; Duranton, VII, 476, 479-480; Dufresne, *Sépar. des patrim.*, 103-104; Demolombe, *Success.*, V, 196; Aubry et Rau, § 619, texte et note 50, 4e éd. VI, p. 489-490; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3100. — Pau, 30 juin 1830, *J. G.*, v° *Succ.*, 1397, S., 31. 2. 103. — Grenoble, 11 ou 18 mars 1854, D., 55. 2. 93, S., 54. 2. 737. — *Contra* Lebrun, *Succ.*, liv. IV, ch. 1, sect. 2, n. 11; Merlin, *Rép.*, v° *Sépar. des patrim.*; Blondeau, *Sépar. des patrim.*, p. 490; Grenier, II, 420; Malpel, *Succ.*, 217; Cabantous, *Rev. de législ. et de jurispr.*, 1836, IV, p. 31; Pont, I, 300. — Agen, 23 janv. 1867, D., 67. 2. 247, S., 68. 2. 20.

(2) Monaco, *C. civ.*, art. 1973. — Haïti, *C. civ.*, art. 1902. — Ces dispenses n'existent pas ou ont été supprimées : Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 49 s., 64 s., et 81. — Italie, *C. civ.*, art. 1981-1983. — Tessin, *C. civ.*, art. 868-869. — Berne, L. 26 fév. 1888, *Ann. de legisl. étr.*, XVIII, p. 692. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2086, 2115-2116, 2120. — Mexico, *C. civ.*, art. 1980. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2052. — Brésil, L. 5 octobre 1885, *Ann. de législ. étr.*, XV, p. 716. — Il est presque superflu de faire observer qu'il en est de même dans les législations qui font de l'inscription une condition requise pour la naissance du droit hypothécaire et ne reconnaissent pas par suite d'hypothèques légales, au sens que nous attachons à ces expressions.

(3) V. *supra*, II, 1431.

d'une garantie et cette garantie serait vaine, si l'efficacité en était subordonnée à l'accomplissement d'une formalité que le débiteur lui-même serait chargé de remplir. Tel est le résumé succinct des idées qui ont inspiré les rédacteurs du code. Nous allons y revenir. Mais il importe de mettre en pleine lumière l'antithèse entre le code et la loi de l'an VII.

Cette loi [1] subordonnait l'efficacité de l'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées à la condition d'une inscription (art. 3). L'inscription pouvait être requise par le créancier ou par le tiers chargé de l'administration de son patrimoine. La négligence de celui-ci constituait une faute et donnait naissance à une action en dommages-intérêts. Ainsi l'incapable dont l'hypothèque n'avait pas été inscrite perdait le bénéfice de cette garantie ; il n'avait qu'une action en responsabilité contre celui qui, chargé de l'administration de son patrimoine, devait sauvegarder ses intérêts et faire inscrire son hypothèque. L'exécution de la condamnation n'était assurée que par une hypothèque judiciaire ; cette hypothèque prenait rang à la date de son inscription et était primée par toutes les hypothèques inscrites antérieurement pendant la durée du mariage ou de la tutelle.

D'après le code au contraire, la négligence du tuteur ou du mari ne peut pas nuire à l'incapable ; il conserve la faculté d'exercer son hypothèque légale, indépendamment de toute inscription ; mais le code impose à certaines personnes, comme nous le verrons, l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale de ces incapables ; leur négligence engage leur responsabilité, envers les tiers notamment ; la condamnation prononcée à leur profit sera garantie par une hypothèque judiciaire.

Ainsi dans tous les cas, d'après notre code comme d'après la loi de l'an VII, les représentants des incapables ou certaines personnes déterminées par la loi sont obligées de faire inscrire les hypothèques légales des mineurs, des interdits, des femmes mariées. Cette obligation est sanctionnée par une action en responsabilité. La question se ramène ainsi à des termes très simples : la négligence de leurs représentants

[1] *Supra*, II, 1432.

mettra-t-elle les incapables dans l'impossibilité d'invoquer l'hypothèque établie à leur profit ? La loi du 11 brumaire an VII, se préoccupant surtout du crédit foncier et par suite de l'intérêt des tiers, donne la préférence à ceux-ci. Le code se prononce en sens contraire parce que, s'il en était autrement, l'hypothèque légale deviendrait un droit illusoire et que la loi n'atteindrait pas le but de protection qu'elle s'est proposé.

1453. Cette faveur s'explique par un ensemble de considérations qu'il nous faut développer. Elle est fondée d'abord sur l'impossibilité dans laquelle se trouvent les divers incapables, auxquels une hypothèque légale est accordée, de la faire inscrire eux-mêmes. Il y a impossibilité physique pour le mineur en bas âge et pour l'interdit ; impossibilité morale pour le mineur qui sait ce qu'il fait et pour la femme mariée, à cause de leur état de dépendance et de subordination à l'égard de leur tuteur ou de leur mari auquel ils redouteront de donner une preuve de défiance.

D'un autre côté, il n'est pas juste de leur faire supporter les conséquences de la négligence d'un représentant, sous l'autorité duquel la loi les a placés. Puisque le législateur a réglé lui-même l'organisation de la tutelle et de la puissance maritale, il lui appartient de sauvegarder les intérêts du mineur, de l'interdit, de la femme mariée. Il l'a fait en leur accordant une hypothèque légale. Il ne doit pas permettre que la négligence ou la mauvaise volonté du tuteur ou du mari enlève toute son efficacité à la garantie qu'il a jugé nécessaire d'établir.

Enfin, la situation des tiers ne mérite pas la protection de la loi au point de leur sacrifier les droits des incapables. Ils ne peuvent pas se plaindre de la faveur dont sont entourés ces derniers. Le mariage et la tutelle sont des faits publics et notoires, dont ils peuvent facilement avoir connaissance. S'ils les ont connus, ils ont su qu'il existait une hypothèque légale et que celle-ci leur était opposable. S'ils avaient des craintes, ils pouvaient soit exiger l'accession de la femme à l'engagement contracté par le mari, soit même stipuler la subrogation à son hypothèque légale. A défaut de ces garanties nouvelles, ils pouvaient refuser de traiter. Si, au con-

traire, ils ont ignoré l'existence de la tutelle ou du mariage, leur erreur est la conséquence de la négligence ou de la faute qu'ils ont commise en ne s'entourant pas de tous les renseignements de nature à les éclairer. Ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes du préjudice qu'ils éprouvent. Ils supportent les conséquences de leur imprévoyance; ainsi le veut la justice.

1453 I. Nous avons déjà dit (1) que, dans le projet de réforme hypothécaire présenté au Sénat, le Gouvernement proposait d'abolir ces dispenses et de soumettre toutes les hypothèques légales, même celles des incapables, au droit commun de la publicité. Cette réforme, qui peut sembler hardie, n'est en réalité qu'une conséquence de l'évolution générale qui s'est produite dans presque toutes les législations, comme nous l'avons déjà indiqué (2).

L'adoption d'une règle absolue sauvegarde seule les intérêts du crédit et de la propriété immobilière. Nous avons en outre montré les dangers auxquels les règles de notre code exposent en particulier la femme mariée (3). Il nous paraît inutile de revenir sur tous ces points.

Nous devons cependant ajouter que la cour de cassation, consultée sur le projet à la demande de la commission du Sénat a, dans son assemblée générale du 29 décembre 1898, émis, sur le rapport de M. le conseiller Cotelle, l'avis qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions de notre code sur ce point (4).

La cour a pensé avec sa commission « que, dans l'état d'esprit qui domine en France, et si l'on met en balance les intérêts engagés, il y aurait plus de témérité que de vraie sagesse et de profit réel à faire dépendre la sauvegarde de la fortune des femmes et des incapables de formalités dont l'observation, très faiblement assurée par le projet de loi, ne le

(1) *Supra*, I, *La réforme*, Des hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, p. LXXII et s.

(2) *Supra*, II, p. 586, note 2.

(3) *Supra*, I, *La réforme*, p. LXXIV et s.

(4) Nous regrettons de ne pas pouvoir, à raison de l'étendue de ses développements, reproduire ici le savant rapport de M. le conseiller Cotelle. On le trouvera dans la *Gazette des Tribunaux*, nos du 30 et du 31 décembre 1898.

sera pas beaucoup mieux par les dispositions accessoires que l'on pourrait tenter d'ajouter à ce projet ».

Rappelons en terminant que la commission du Sénat a partagé l'opinion de la cour de cassation, a repoussé les dispositions du projet de loi du gouvernement relatives à la publicité de l'hypothèque légale de la femme mariée ainsi que de celle des mineurs et interdits et propose de maintenir les dispenses d'inscription admises par le code [1].

1454. Ces considérations, quelque puissantes qu'elles soient, ne suffisent pas cependant pour justifier les dispositions de notre code d'une manière complète. Nous avons dit en effet que les tiers pouvaient se prémunir contre les dangers de l'hypothèque légale, dont ils auraient connu l'existence, en stipulant soit l'accession de la femme à l'engagement contracté par le mari, soit la subrogation à l'hypothèque légale. Mais pour la validité de cette convention, il faut que la femme soit capable. Or, la capacité de la femme dépend de son régime matrimonial et des clauses insérées dans le contrat de mariage. Sous l'empire du code, les tiers n'avaient, en dehors des déclarations des parties, aucun moyen de s'assurer de l'existence d'un contrat de mariage et par suite d'en exiger la production pour en connaître les stipulations.

En outre, si l'on peut admettre (et ce n'est peut-être pas sans difficulté), que le mariage et la tutelle sont des faits notoires sur lesquels il est facile d'être renseigné, il est plus difficile de savoir si un homme n'a pas été marié ou s'il n'a pas été tuteur. Dans ce cas, l'erreur des tiers est excusable. D'autre part, fondée sur l'incapacité du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, sur l'état de dépendance dans lequel ils se trouvent vis-à-vis de leur tuteur et mari, la dispense d'inscription n'a plus de raison d'être, lorsque cette situation a pris fin. Or le code, à la différence de l'édit de 1673, leur continuait le bénéfice de sa faveur même après la cessation de l'incapacité, même lorsque le mineur était devenu majeur, lorsque l'interdit avait été relevé du jugement d'interdiction, lorsque le mariage était dissous par le prédécès du mari. Il y

[1] Rapport de M. Thézard, p. 198 et s.

avait dans cette conséquence nécessaire des dispositions de la loi une véritable exagération et les plus vives critiques étaient formulées contre les règles de notre code.

A ce double point de vue une réforme était nécessaire. Elle a été opérée par deux lois, l'une du 10 juillet 1850, l'autre du 23 mars 1855.

En vertu de la première, l'officier de l'état civil doit, au moment de la célébration du mariage, interpeller « les futurs » époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si » elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait un » contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date » de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du » notaire qui l'aura reçu » (art. 75 al. 2). « On énoncera, dans » l'acte du mariage... 10° la déclaration faite sur l'interpel- » lation prescrite par l'article précédent, qu'il a été ou qu'il » n'a pas été fait de contrat de mariage, et, autant que possi- » ble, de la date du contrat, s'il existe, ainsi que les noms et » lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu... » (art. 76-10°). Enfin la loi ajoute (art. 1391, al. 4) : « Toutefois, si l'acte de » célébration du mariage porte que les époux se sont mariés » sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, » capable de contracter dans les termes du droit commun, à » moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle » n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage ». Il n'est pas besoin d'insister pour montrer que le législateur de 1850 a corrigé fort justement les dispositions du code civil et fait droit à la critique qu'il avait méritée.

Il en est de même au second point de vue et la loi du 23 mars 1855 a limité le bénéfice de la dispense d'inscription, à laquelle le code attribuait un caractère absolu et une durée illimitée.

Après ces réformes qui peuvent paraître trop timides, l'art. 2135 s'explique. Du moment où le législateur se charge de sauvegarder les intérêts des incapables, du moment où il juge nécessaire de leur accorder une hypothèque légale, il ne peut pas laisser au tuteur et au mari le moyen de rendre cette garantie illusoire. Il le peut d'autant moins que les tiers ont la faculté de s'enquérir assez facilement de l'existence des

faits générateurs de l'hypothèque légale. A ce point de vue cependant, notre loi nous semble appeler une réforme indispensable. L'existence d'un casier de l'état civil, dont toute personne aurait le droit de prendre communication, mettrait à la disposition de tous un moyen facile d'être exactement renseignés. On a proposé, à diverses reprises, l'institution de ce casier. Il serait à désirer que le législateur réalisât enfin cette utile réforme, malgré les difficultés pratiques que peut présenter cette création.

1455. On voit que le législateur du code civil a dérogé, en faveur des mineurs, des interdits et des femmes mariées, aux deux règles fondamentales du régime hypothécaire qu'il adoptait : la spécialité et la publicité.

En ce qui concerne la publicité, la dérogation n'existe pas seulement au point de vue du droit de préférence, mais aussi au point de vue du droit de suite [1]. L'art. 2135 est formel pour le droit de préférence et les art. 2193 s. ne le sont guère moins pour le droit de suite. Il résulte en effet de ces derniers articles que l'acquéreur d'un immeuble ayant appartenu à un mari ou à un tuteur est obligé d'avoir recours à la purge, qui s'opère ici par un procédé spécial, s'il veut se mettre à l'abri des hypothèques légales, appartenant à un mineur, à un interdit ou à une femme mariée, dont l'immeuble peut être grevé du chef de l'ancien propriétaire, et qui ne sont pas inscrites.

Cette disposition implique donc que l'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées est pleinement efficace à l'égard d'un tiers acquéreur indépendamment de toute inscription. L'art. 834 Pr. civ. fortifie cette induction. En ne soumettant l'exercice du droit de suite à la condition d'une inscription prise au plus tard dans la quinzaine de la transcription que pour les hypothèques judiciaires et conventionnelles, il décidait par cela même que les hypothèques légales dispensées d'inscription étaient régies par des principes différents et que par suite leur efficacité contre les tiers

[1] Aubry et Rau, § 259, note 7, III, 4e éd. p. 301, 5e éd. p. 508; Thézard, 165; Colmet de Santerre, IX, 147 *bis*-X; Guillouard, III, 1218; Beudant, II, 717 s.

acquéreurs ne dépendait pas de l'accomplissement de cette formalité. La femme mariée peut donc, même sans inscription, exercer son hypothèque soit par voie de surenchère en cas de purge sur aliénation volontaire (1), soit par voie de poursuite hypothécaire contre les tiers détenteurs (2). Nous reviendrons sur ces solutions que nous nous bornons à indiquer (3).

Par conséquent aussi les mineurs, interdits et femmes mariées et leurs représentants peuvent, sans inscription, demander à être colloqués par préférence sur le prix des immeubles affectés à leur sûreté (4).

1456. La dispense d'inscription est générale ; elle s'applique à tous les biens sur lesquels l'hypothèque légale peut être exercée, non seulement aux biens qui appartiennent au tuteur ou au mari au jour de l'ouverture de la tutelle ou de la célébration du mariage, mais encore à ceux qu'ils acquièrent ou qui leur adviennent pendant la tutelle ou le mariage et même à ceux dont ils peuvent devenir propriétaires après la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage (5). Mais il faut corriger ce que cette solution peut présenter d'excessif en rappelant qu'aux termes de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme

(1) Duranton, XX, 391 ; Pont, II, 1120 ; Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 301, 5e éd. p. 508-509, § 294, III, 4e éd. p. 523, 5e éd. p. 867 ; Chauveau sur Carré, Quest. 2190 ; Guillouard, III, 1219 ; Beudant, II, 722, 770. — Caen, 23 août 1839, *J. G.*, v° *Surench.*, 47, S., 40. 2. 111. — *Contra* Petit, *Surench.*, p. 313.

(2) Persil, II, sur l'art. 2166, XI ; Pont, II, 1120 ; Aubry et Rau, § 269, texte et note 10, III, 4e éd. p. 301-302, 5e éd. p. 509 ; Guillouard, III, 1220 ; Garsonnet et Cézar-Bru, IV, § 1256, note 10, p. 87. — Agen, 25 mars 1857, D., 57. 2. 432. — Toulouse, 12 juin 1860, D., 61. 2. 35, S., 60. 2. 545. — Cpr. Bourges, 30 juil. 1853, D., 56. 2. 205, S., 55. 2. 586. — *Contra* Troplong, III, 778 *bis*. — Dijon, 14 déc. 1840, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1749, S., 41. 2. 128. — Nancy, 28 juil. 1853, D., 55. 2. 355, S., 53. 2. 574. — Bourges, 11 juil. 1855, S., 59. 1. 398.

(3) V. *infra*, III, 2440, 2579.

(4) Paris, 20 juil. 1833, *J. G.*, v° *Cont. de mar.*, 1054, S., 33. 2. 395. — Civ. cass., 14 déc. 1863, D., 64. 1. 111, S., 64. 1. 36.

(5) De Fréminville, I, 1141 ; Pont, I, 509 ; Flandin, II, 1532 à 1534 ; Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 302, 5e éd. p. 509 ; Guillouard, III, 1221. — Req., 17 juil. 1844, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 879, S., 44. 1. 641. — Lyon, 23 nov. 1850, D., 51. 2. 241. — *Contra* Duranton, XIX, 327 ; Rivière et François, 124.

mariée doit être inscrite dans l'année de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage.

1457. Les hypothèques légales des mineurs, interdits et femmes mariées, étant dispensées d'inscription, se trouvaient nécessairement soustraites, pour la fixation de leur rang, à la règle de l'art. **2134**, qui détermine la préférence entre les créanciers hypothécaires d'après l'ordre des inscriptions. Nous allons rechercher comment cette règle a été remplacée en ce qui concerne l'hypothèque des mineurs et des interdits d'abord, puis celle de la femme mariée.

Remarquons que si la dispense n'est accordée qu'aux hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, ils en jouissent pour toutes les créances garanties par cette sûreté, c'est-à-dire pour les créances qui appartiennent au mineur, à l'interdit et à la femme mariée en cette qualité contre leur tuteur ou leur mari (1). Elle est attachée à la qualité du créancier et non à la qualité de la créance. Ainsi la femme ne peut invoquer la dispense d'inscription qu'autant qu'elle se prévaut de son hypothèque légale, et elle ne peut s'en prévaloir que sur les immeubles de son mari. Par conséquent si la restitution de la dot avait été garantie par un tiers, par exemple par le père du futur, et si ce tiers avait affecté ses immeubles à la sûreté de son engagement, cette hypothèque ne serait pas une hypothèque légale de l'art. **2121** ; elle ne serait qu'une hypothèque conventionnelle ; elle serait soumise à la règle de l'art. **2134** ; son efficacité à l'égard des tiers et son rang dépendraient de l'inscription qui aurait été requise et de la date de cette inscription (2).

1458. Nous avons dit que la femme est dispensée de l'obligation de faire inscrire son hypothèque pour tous ses droits et créances sans distinction. Cette solution aujourd'hui universellement admise, a été longtemps l'objet d'une très vive

(1) Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 302, 5e éd. p. 510; Guillouard, III, 1224. — V. *supra*, II, 980 s., 1189 s. et les autorités qui y sont citées. — Riom, 20 fév. 1819, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 881, S., 20. 2. 275. — *Contra* Toulouse, 6 déc. 1824, *J. G.*, eod. v°, 881, S., 26. 2. 106.

(2) Civ. cass., 23 août 1837, *J. G.*, v° *Faillite*, 331, S., 37. 1. 873.

controverse. La majorité des cours d'appel décidait même que le bénéfice de la dispense d'inscription n'appartenait à la femme que pour les droits et créances limitativement énumérés dans l'art. 2135 ; on en concluait notamment que l'hypothèque légale appartenant à la femme à raison de ses paraphernaux était soumise à la publicité de l'art. 2134, devait être inscrite et prenait rang à la date de son inscription [1].

Mais la cour de cassation et la doctrine ont justement repoussé cette théorie. Elle est, en effet, en opposition certaine avec la volonté du législateur. Des travaux préparatoires dont nous avons rapporté ci-dessus la conclusion, il résulte que les rédacteurs du code ont voulu accorder le bénéfice d'une protection spéciale à la femme mariée à raison de l'état de dépendance dans lequel elle est vis-à-vis de son mari, à raison de l'impossibilité morale dans laquelle elle se trouve de stipuler des garanties et de prendre des mesures conservatoires qui respireraient une certaine défiance et jetteraient le trouble dans le ménage. Or, à ce point de vue, peu importe l'origine des créances de la femme. Dans tous les cas, le même danger est à redouter ; dans tous les cas, le même bénéfice doit exister. L'art. 2135 ne contredit pas cette solution ; car les expressions dont il se sert sont générales ; il parle de dot, de conventions matrimoniales, de propres ; si l'on ne peut prétendre que les créances relatives aux paraphernaux se réfèrent à la dot ou résultent des conventions matrimoniales, il est bien certain qu'elles sont relatives à des propres. Du reste les art. 2193, 2194 et 2195, où la loi détermine les formalités de la purge des hypothèques non inscrites, s'expriment dans les termes les plus généraux quand ils nous parlent des dot, reprises et conventions matrimoniales ; les créances paraphernales sont bien des reprises que la femme exerce contre son mari, qui a employé à son profit particulier les

[1] Toulouse, 5 août 1806, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 881. — Aix, 19 août 1813, *J. G.*, *ibid.* — Grenoble, 18 juill. 1814, *J. G.*, *ibid.*, S., 18. 2. 294. — Grenoble, 24 août 1814, *J. G.*, *ibid.*, S., 18. 2. 295. — Riom, 4 mars 1822, *J. G.*, *ibid.*, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII. 2. 34. — Montpellier, 22 déc. 1822, *J. G.*, *ibid.*, S., 23. 2. 229. — Grenoble, 8 déc. 1823, *J. G.*, *ibid.* — Toulouse, 6 déc. 1824, *J. G.*, *ibid.*, S., 26. 2. 106. — Grenoble, 22 juin 1825, *J. G.*, *ibid.* (cassé). — Grenoble, 28 déc. 1825, *J. G.*, *ibid.* — Grenoble, 16 janv. 1830, *J. G.*, *ibid.* (cassé).

biens de celle-ci. Enfin on peut faire remarquer que l'art. 2135, à un certain moment de sa genèse, était aussi conçu dans les mêmes termes et parlait également des reprises de la femme. Si cette expression a disparu de la rédaction définitive, c'est sur l'observation du tribunat. Du moment où l'hypothèque qui garantit le remploi des propres aliénés ou l'indemnité des dettes contractées par la femme conjointement ou solidairement avec son mari ne prenait plus rang du jour du mariage, il était logique de ne plus parler des reprises dans le 1er al. du 2° de l'art. 2135. Car ce sont là des reprises. La modification apportée au texte avait donc pour but non pas de restreindre les créances à raison desquelles la femme serait dispensée de faire inscrire son hypothèque, mais de limiter seulement celles pour lesquelles elle aurait le droit de demander sa collocation à la date de la célébration du mariage [1].

1459. La loi a fixé le rang attribué aux hypothèques légales des incapables. Les parties n'y pourraient pas déroger.

Les parties ne pourraient pas convenir que l'hypothèque légale de la femme mariée (la question ne se présente pas pour l'hypothèque légale du mineur) aura une date antérieure aux époques fixées par l'art. 2135. Elles ne pourraient pas stipuler que la femme sera préférée aux créanciers hypothécaires du mari antérieurs au mariage. Elles n'auraient donc pas le droit de rétablir le privilège de la loi *Assiduis*. La

[1] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 3, n. 9; Merlin, *Rép.*, XVI, *Add.*; Persil, *Quest.*, I, p. 226; Demante, *Thémis*, VI, p. 20; Duranton, XX, 33; Rolland de Villargues, v° *Hyp.*, 358; Favard, v° *Hyp.*, p. 719, n. 6; Battur, II, 359; Troplong, II, 418 et 575; Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 302, 5e éd. p. 510; Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-VII; Guillouard, III, 1222-1223. — Riom, 20 fév. 1819, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 881, S., 20. 2. 275. — Limoges, 29 déc. 1821, *J. G.*, *ibid.* — Civ. cass., 12 juin 1822, *J. G.*, *ibid.*, S., 22. 1. 379 et sur renvoi, Lyon, 16 août 1823, *J. G.*, *ibid.*, S., 24. 2. 62. — Pau, 15 janv. 1823, *J. G.*, *ibid.* — Civ. cass., 6 juin 1826, *J. G.*, *ibid.*, S., 26. 1. 461. — Civ. cass., 28 juillet 1828, *J. G.*, *ibid.*, S., 28. 1. 297. — Toulouse, 14 fév. 1829, *J. G.*, *ibid.*, S., 29. 2. 161. — Toulouse, 7 avril 1829, *J. G.*, *ibid.*, S., 30. 2. 31. — Civ. cass., 5 nov. 1832, *J. G.*, *ibid.* — Civ. cass., 5 déc. 1832, *J. G.*, *ibid.*, S., 33. 1. 113. — Montpellier, 13 déc. 1833, *J. G.*, *ibid.* — Grenoble, 30 mai 1834, *J. G.*, *ibid.*, S., 34. 2. 478. — Bordeaux, 20 juin 1835, *J. G.*, *ibid.* — Req., 9 août 1852, D., 53. 1. 155, S., 53. 1. 197. La jurisprudence est définitivement fixée en ce sens. — V. *infra*, II, 1464 s., les arrêts qui déterminent le rang de l'hypothèque légale dans les cas non expressément prévus par l'art. 2135.

question a été posée au conseil d'Etat; elle y a été formellement résolue en ce sens (1). Le doute du reste ne nous paraît pas possible. Les dispositions, par lesquelles la loi détermine le rang des hypothèques dispensées d'inscription, intéressent évidemment les tiers, comme toutes les règles relatives à la publicité des hypothèques. Par conséquent elles sont d'ordre public et il est interdit d'y déroger (arg. art. 6). De même les parties ne pourraient pas convenir que la femme aura hypothèque sur les immeubles de son mari à la date de la célébration du mariage pour toutes ses créances indistinctement, quelle qu'en soit l'origine, à quelque époque qu'elles aient pris naissance (2).

En sens inverse, les parties ne pourraient pas convenir que l'hypothèque légale aura un rang postérieur à celui déterminé par la loi. Sans doute alors l'intérêt des tiers n'est pas en jeu et l'on ne peut plus invoquer l'art. 6. Mais le soin avec lequel le législateur a déterminé par les art. 2140 s. les modifications que les intéressés peuvent apporter aux règles régissant les hypothèques légales, n'implique-t-il pas la prohibition de toute stipulation dérogatoire? Ces dispositions n'auraient pas de raison d'être, si les parties pouvaient réglementer l'hypothèque légale au gré de leur volonté. Cette solution est du reste nécessaire pour assurer le respect de la loi. Si elle n'était pas admise, il serait facile aux intéressés de rendre absolument illusoires les mesures de protection prises par le législateur en faveur d'incapables qu'il s'est chargé de protéger. Par conséquent, à ce point de vue comme au premier, les règles du code sont d'ordre public et il est interdit d'y déroger (3). Les parties ne pourraient donc pas convenir, même par contrat de mariage, que l'hypothèque légale ne datera, pour les créances constituées en dot, que du jour de leur recouvrement.

(1) V. *infra*, II, 1465, p. 604, l'observation du consul Cambacérès et la réponse de Treilhard.

(2) Troplong, II, 588 *bis*; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 62, III, 4e éd. p. 238-239, 5e éd. p. 401; Pont, I, 760; Guillouard, II, 832, 845. — *Contra* Delvincourt, III, p. 327.

(3) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 63, III, 4e éd. p. 239, 5e éd. p. 402. — Grenoble, 7 mars 1868, D., 68. 2. 171, S., 68. 2. 339.

Tout ce que les parties pourraient faire, ce serait de constituer une hypothèque conventionnelle ; cette stipulation présenterait peut-être de l'intérêt dans certains cas, notamment en ce qui concerne les créances éventuelles de la femme dont le rang est déterminé par l'al. 5 de l'art. 2135. Mais établie par contrat cette hypothèque serait soumise à toutes les règles qui régissent les hypothèques conventionnelles; elle ne bénéficierait pas de la dispense d'inscription; son efficacité à l'égard des tiers serait subordonnée à l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par la loi, son rang serait déterminé par la date de l'inscription [1].

I. *Hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

1460. « *L'hypothèque existe indépendamment de toute* » *inscription, — 1° Au profit des mineurs et interdits, sur les* » *immeubles appartenant à leur tuteur, à raison de sa gestion* » *du jour de l'acceptation de la tutelle...* » Ainsi s'exprime l'art. 2135, 1re partie.

L'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit a toujours le même rang, quelle que soit la créance garantie, à quelqu'époque qu'elle ait pris naissance [2]; car la loi ne distingue pas. Il en résulte que l'hypothèque pourra prendre rang à une époque antérieure à la naissance de la créance à laquelle elle est attachée. Ainsi, au cours de la tutelle, le mineur est appelé à recueillir une succession qui comprend des capitaux importants. Le remboursement en est garanti par l'hypothèque légale à la date de l'ouverture de la tutelle. Ce résultat, qui paraît singulier au premier abord, peut se justifier par cette considération que le tuteur, en entrant en fonctions,

[1] Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 62, III, 4e éd. p. 239, 5e éd. p. 401; Guillouard, II, 832. — Civ. cass., 23 août 1837, *J. G.*, vo *Faillites*, 331-6o, S., 37. 1. 873. — Cpr. cep. Req., 26 fév. 1829, *J. G.*, vo *Priv. et hyp.*, 925. Il s'agissait d'une convention antérieure au code, par laquelle il était dérogé à l'art. 429 Cout. de Bretagne, et attribué à la femme une hypothèque du jour du contrat de mariage. Cet arrêt ne nous semble d'aucune autorité sous le code.

[2] Merlin, *Rép.*, vo *Inscr. hyp.*, § 3, n. 6; Troplong, II, 572; Pont, II, 747; Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 30, III, 4e éd. p. 215, 5e éd. p. 367; Guillouard, II, 739; Huc, XIII, 257; Beudant, II, 771; Planiol, II, 3111. — Req., 15 nov. 1892, D., 93. 1. 37, S., 93. 1. 145.

devient débiteur d'un compte d'administration. La personne soumise à la tutelle acquiert donc, à ce moment même, une créance éventuelle contre son tuteur, pour toutes les sommes qui devront figurer successivement au chapitre des recettes de son compte, déduction faite de celles qui figureront au chapitre des dépenses; elle acquiert en un mot une créance éventuelle pour le reliquat du compte de tutelle. La loi fait dater l'hypothèque du moment où cette créance éventuelle prend naissance, c'est-à-dire du jour où le tuteur a dû commencer sa gestion. Nous verrons que la loi édicte une règle différente pour l'hypothèque légale de la femme mariée.

Il en est spécialement ainsi lorsque le mineur, appelé à une succession, y a recueilli une créance contre son tuteur et que cette créance est devenue exigible au cours de la tutelle (1).

1461. Il y a ainsi une certaine analogie entre le pupille et le créditeur qui sont créanciers du solde du compte de tutelle ou du compte courant. Mais au point de vue spécial que nous étudions en ce moment, la différence est grande. L'hypothèque du mineur ou de l'interdit est une hypothèque légale; elle est en outre dispensée d'inscription; fût-elle inscrite, il ne serait pas nécessaire d'évaluer dans l'inscription la créance éventuelle de l'incapable; les tiers n'ont donc aucun élément certain pour apprécier le montant de la charge qui grève les immeubles du tuteur. Au contraire, l'hypothèque qui garantit une ouverture de crédit est une hypothèque conventionnelle; elle doit être inscrite; son rang est déterminé, conformément à l'art. **2134**, par la date de son inscription; enfin dans l'inscription on doit indiquer la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'ouverture de crédit est consentie, la somme *maximum* que garantit l'hypothèque. Les tiers connaissent ainsi les charges établies sur les immeubles du débiteur avec lequel ils sont en rapport.

1462. Les textes ne sont pas très précis au sujet de la détermination du rang de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits. En effet, tandis que l'art. **2135** fait dater cette hypothèque du *jour de l'acceptation de la tutelle,* l'art. **2194**

(1) Req., 23 novembre 1898, D., 99. 1. 88, S., 99. 1. 9.

dit, incidemment il est vrai, qu'elle existe du *jour de l'entrée en gestion du tuteur;* or, a-t-on dit, l'entrée en gestion peut être postérieure à l'acceptation; donc il y a antinomie entre les deux textes.

On peut facilement les mettre d'accord avec quelque bonne volonté.

La pensée du législateur, pensée qu'il exprime à la vérité d'une manière assez nuageuse, soit dans l'art. 2135, soit dans l'art. 2194, nous paraît pouvoir être traduite par la formule suivante : L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit prend rang à dater du jour où commence pour le tuteur l'obligation légale de gérer la tutelle, et par suite sa responsabilité. C'est ce que nous allons essayer de démontrer.

L'obligation légale de gérer commence, pour le tuteur, à dater du jour de son acceptation. Cette acceptation peut être volontaire ou forcée : *volontaire*, s'il s'agit d'une tutelle qui peut être refusée (v. art. 394, 401 et 432); *forcée*, dans toute tutelle imposée par la loi : le tuteur est considéré comme acceptant une semblable tutelle à dater du jour où il a connaissance de l'événement qui la lui défère puisqu'il n'a pas le droit de la refuser. Donc dire, comme le fait l'art. 2135, que l'hypothèque légale prend rang *au jour de l'acceptation* (volontaire ou forcée) *de la tutelle*, c'est dire que cette hypothèque prend rang à dater du jour où le tuteur est légalement obligé de gérer.

La formule de l'art. 2194, « *Le jour de l'entrée en gestion du tuteur* », a exactement le même sens. Le législateur ne songe pas au jour de l'entrée en gestion *de fait*, mais bien au jour de l'entrée en gestion *de droit*, c'est-à-dire à celui où le tuteur s'est trouvé *en droit* soumis à l'obligation de gérer. Ou bien, s'il entend parler de l'entrée en gestion *de fait*, il suppose, ce qui arrive en effet le plus ordinairement, que le tuteur a commencé à gérer *en fait* aussitôt qu'il s'y est trouvé tenu *en droit*. De sorte qu'en définitive c'est comme s'il avait dit que l'hypothèque légale prend rang du jour où l'obligation légale de gérer la tutelle prend naissance pour le tuteur et où commence par suite sa responsabilité.

Les deux formules des art. 2135 et 2194 sont donc équiva-

lentes entre elles, puisqu'elles équivalent à une troisième [1].

Cette solution protège le mineur contre la mauvaise foi ou au moins la négligence d'un tuteur qui aurait refusé la tutelle sans motif ou qui aurait négligé de la gérer pendant un temps plus ou moins long. Il est inadmissible que la protection de la loi lui fasse défaut dans ce cas.

1463. Il faut maintenant fixer le moment auquel commence pour le tuteur l'obligation de gérer la tutelle. Il varie suivant les cas.

Pour le tuteur nommé par le conseil de famille, cette obligation commence du jour de sa nomination s'il était présent, sinon, du jour de la notification qui lui en est faite (art. 418 C. civ., art. 882 Pr. civ.).

Pour le tuteur légal, plusieurs auteurs décident qu'elle commence du jour du décès qui donne ouverture à la tutelle ou qui donne lieu à la délation de la tutelle [2]. Nous serions portés à appliquer la même règle qu'au tuteur nommé par le conseil de famille. Il ne suffit pas que la tutelle soit ouverte ou déférée ; il faut en outre que le tuteur ait connaissance de sa vocation [3]. Il n'y a pas de motif pour soumettre le tuteur légal à une règle plus rigoureuse que les autres tuteurs.

Enfin, pour le tuteur choisi par le dernier mourant des père et mère, on fera la même distinction. La responsabilité commencera du jour de l'ouverture du testament s'il y était présent ; dans le cas contraire, du jour où il a eu connaissance du choix dont il a été l'objet.

II. *Hypothèque légale de la femme mariée.*

1464. L'hypothèque légale de la femme mariée est soumise à des règles différentes. Elle n'a pas une date unique,

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Inscr. hyp.*, § 3, n. 6 ; Delvincourt, III, p. 317 ; Troplong, II, 428 ; Pont, II, 747 ; Aubry et Rau, § 264 *bis*, texte et note 29, III, 4e éd. p. 215, 5e éd. p. 367 ; Guillouard, II, 740 ; Huc, XIII, 257 ; Beudant, II, 771 ; Planiol, II, 3112.

[2] Cpr. Troplong, II, 428 ; Pont, II, 748 ; Thézard, 225.

[3] Colmet de Santerre, IX, 103 *bis*-I ; Beudant, II, p. 214, note 2 ; Planiol, I, 2646 ; Surville, II, 671.

comme l'hypothèque légale du mineur. Son rang varie suivant les créances qu'elle garantit.

Il en était autrement dans notre ancienne jurisprudence. L'hypothèque légale prenait rang à la date du contrat de mariage, si les conventions matrimoniales étaient rédigées par acte notarié. C'était une application des règles de droit commun pour toute obligation constatée par un acte passé devant notaire. Si, au contraire, les époux s'étaient mariés sans contrat, l'hypothèque de la femme prenait rang du jour de la célébration du mariage. On ne tenait aucun compte de l'origine des créances de la femme, on ne recherchait pas la date à laquelle elles avaient pris naissance. Qu'elles eussent pour cause une faute commise par le mari dans l'administration du patrimoine de celle-ci, qu'elles fussent relatives aux biens apportés en dot ou aux biens advenus pendant le mariage par succession, donation ou legs, qu'il s'agît du remploi du prix de propres aliénés ou d'une indemnité pour dettes contractées conjointement ou solidairement avec le mari, la règle était la même ; l'hypothèque avait une date unique et son rang était déterminé par la date du contrat de mariage ou par la date de la célébration du mariage [1]. Seules la coutume de Bretagne et celle de Normandie (art. 539 et 542) avaient apporté une exception à ce principe et décidé que l'hypothèque pour le remploi des propres aliénés ne daterait que du jour des aliénations.

Dans les pays de droit écrit, la femme jouissait du privilège exorbitant d'être préférée aux créanciers même antérieurs au mariage en vertu de la L. 12 C. *Qui potiores in pignore* (VIII, 18). Ce privilège est aboli par l'art. 1572.

1465. Les rédacteurs du projet de code, répudiant sur ce point les règles de la L. du 11 brumaire an VII, avaient eu la pensée de rétablir la théorie de notre ancienne jurisprudence. L'art. 44 présenté dans la séance du 3 ventôse an XII portait : « L'hypothèque existe, indépendamment de toute » inscription... 2° au profit des femmes mariées, pour raison

[1] Telle était la jurisprudence ; mais la question avait fait difficulté. Pothier, (*Communauté,* 763, Rapp., 611) critique très vivement cette solution.

» de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeu-
» bles appartenant à leur mari, et à compter du jour du ma-
» riage » (1). Il ne s'éleva au conseil d'Etat aucune discussion sur ce point.

Mais, sur la communication officieuse qui lui fut faite, la section de législation du tribunat présenta les observations suivantes, qu'il nous paraît essentiel de reproduire dans leur entier :

« La section pense qu'il y aurait un grand inconvénient à
» laisser subsister d'une manière aussi indéfinie que le fait
» l'art. du projet de loi l'hypothèque légale des femmes sur
» les biens du mari.

» Les sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque légale,
» lorsqu'elles proviennent de successions, que du jour de
» l'ouverture de ces successions. Car c'est seulement alors
» qu'il y a de la part du mari une administration qui seule
» peut faire le fondement de l'hypothèque.

» Ce qu'on vient de dire pour les successions s'applique
» aussi aux donations.

» D'un autre côté, si la femme s'oblige conjointement avec
» son mari, ou si, de son consentement, elle aliène ses im-
» meubles, elle ne doit avoir hypothèque sur les biens du
» mari, pour son indemnité dans ces deux cas, qu'à compter
» de l'obligation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait
» une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'ori-
» gine de la créance, et il est odieux que la femme, en s'obli-
» geant ou en vendant postérieurement, puisse primer des
» créanciers ou des acquéreurs, qui ont contracté auparavant
» avec le mari. C'était là une source de fraudes qu'il est enfin
» temps de faire disparaître » (2).

C'est pourquoi la section proposa d'ajouter à l'art. 44 les dispositions suivantes :

« La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui
» proviennent de successions à elle échues, ou de donations
» à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouver-

(1) Fenet, XV, p. 335 et 336; Locré, XVI, p. 229.
(2) Fenet, XV, p. 414; Locré, XVI, p. 317.

» ture des successions, ou du jour que les donations ont eu
» leur effet.

» Elle n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle
» a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses pro-
» pres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la
» vente » (1).

La section de législation du conseil d'Etat propose d'adopter cette rédaction et explique sa détermination de la manière suivante :

« Sur le numéro 2 du même article, le tribunat observe
» qu'il n'est juste de faire remonter l'hypothèque légale de
» la femme à la date de son mariage que pour la dot seule-
» ment ; mais que l'hypothèque pour remploi et indemnité
» ne doit remonter qu'à l'époque de la vente ou de l'obliga-
» tion qui y donne lieu.

» On a dit que la jurisprudence que le Parlement de Paris
» avait adoptée à cet égard, et qui se trouve consignée dans
» l'art. 44, n'était pas universelle. On a ajouté que la rétroac-
» tivité qu'il introduit facilite la fraude ; car la femme, à
» l'aide d'une obligation simulée, peut parvenir à primer les
» créanciers anciens » (2).

Cette proposition ne provoque qu'une observation relatée dans les termes suivants par Fenet :

« Le consul Cambacérès dit que cette rédaction peut n'être
» pas suffisante, lorsque, dans un contrat de mariage fait
» dans le régime dotal, la femme se sera réservé le privilège
» de la loi *Assiduis*. On n'a pas vu de ces sortes de stipula-
» tions sous le régime de la loi du 11 brumaire, parce qu'elle
» les rejetait ; mais sous le régime hypothécaire qui va être
» établi on les croira permises.

» Treilhard répond que la rédaction proposée les exclut ».

Sur cette déclaration le texte nouveau est adopté.

Dans l'exposé des motifs de notre titre, Treilhard explique de la manière suivante les dispositions du projet :

« La date de l'hypothèque accordée aux femmes a aussi
» attiré toute notre attention.

(1) Fenet, XV, p. 419 ; Locré, XVI, p. 318.
(2) Fenet, *loc. cit.* ; Locré, *loc. cit.*

» Sans doute elles doivent avoir hypothèque du jour du » mariage pour leurs dots et conventions matrimoniales. » Mais l'hypothèque pour le remploi des propres aliénés ou » pour l'indemnité des dettes contractées dans le cours du » mariage doit-elle aussi remonter à cette époque? On le » jugeait ainsi dans le ressort du Parlement de Paris : d'au- » tres cours supérieures avaient adopté une jurisprudence » contraire et ne donnaient l'hypothèque que du jour de » l'événement qui en était le principe.

» Cette décision nous a paru préférable. La rétroactivité de » l'hypothèque pourrait devenir une source intarissable de » fraudes. Un mari serait donc le maître de dépouiller ses » créanciers légitimes en s'obligeant envers des prêtes-noms » et en faisant paraître sa femme dans ses obligations frau- » duleuses pour lui donner une hypothèque du jour de son » mariage; il conserverait ainsi, sous le nom de sa femme, » des propriétés qui ne devraient plus être les siennes. Nous » avons mis un terme à cet abus en fixant l'hypothèque aux » époques des obligations » (1).

Enfin dans son rapport au tribunat et dans son discours au corps législatif, le tribun Grenier s'exprime dans les termes les plus précis :

« Mais dans combien de circonstances ne sentira-t-on pas » par rapport au mari les salutaires effets de la disposition » de l'art. 2135? Nous voyons enfin le terme de deux abus » remarqués depuis longtemps.

» Lorsqu'une femme se sera constitué en dot ses biens pré- » sents et à venir, l'hypothèque pour les sommes qui pro- » viendront de successions ouvertes pendant le mariage » n'aura lieu qu'à compter de l'ouverture des successions; » ainsi il n'y aura pas d'hypothèque avant qu'il y ait une » administration maritale sur laquelle on la fondait.

» La femme n'aura d'hypothèque pour l'indemnité des » dettes qu'elle aura contractées avec son mari, ou pour le » remploi de ses biens immeubles aliénés pendant le mariage, » que du jour de l'obligation ou de la vente; tandis que par

(1) Fenet, XV, p. 471 ; Locré, XVI, p. 356 et 357, n. 26.

» le seul effet d'une jurisprudence du Parlement de Paris, » qui avait été rejetée dans la Bretagne et dans la Normandie, » cette hypothèque remontait au contrat de mariage.

» Ainsi on ne verra plus une femme rechercher par un » effet vraiment rétroactif des acquéreurs du mari, ou primer » des créanciers de celui-ci, quoique les uns et les autres » eussent un titre antérieur à l'acte qui faisait naître la » créance de la femme » (1).

En conséquence, l'art. 2135 fut voté dans les termes suivants : « L'hypothèque existe, indépendamment de toute ins- » cription... 2° *Au profit des femmes, pour raison de leurs dot* » *et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur* » *mari, et à compter du jour du mariage. — La femme n'a* » *hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de suc-* » *cessions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant* » *le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou* » *du jour que les donations ont eu leur effet. — Elle n'a hy-* » *pothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées* » *avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés qu'à* » *compter du jour de l'obligation ou de la vente. — Dans* » *aucun cas, la disposition du présent article ne pourra pré-* » *judicier aux droits acquis à des tiers avant la publication* » *du présent titre* ».

1466. Nous avons tenu à reproduire intégralement ces documents ; ils nous aideront à résoudre les difficultés souvent très délicates qui divisent les auteurs et la jurisprudence. Il importe donc tout d'abord d'essayer d'en dégager un principe.

Le conseil d'Etat avait proposé à l'origine de conserver les règles consacrées par la jurisprudence du Parlement de Paris et d'attribuer à l'hypothèque légale de la femme mariée, comme à celle des mineurs et interdits, un rang unique, celui de la date de la célébration du mariage, pour toutes les créances que cette hypothèque garantit.

En faveur de cette solution on pouvait invoquer de puissantes considérations. Le mari, comme le tuteur et souvent

(1) Fenet, XV, p. 501 ; Locré, XVI, p. 393 et 394, n. 34.

avec des pouvoirs plus étendus, est débiteur envers la femme d'un compte d'administration, qui commence avec l'association conjugale et finit avec elle. On peut ajouter que, sous le régime de la communauté notamment, les récompenses dues par la communauté à la femme et les récompenses dues par la femme à la communauté forment un compte unique dont l'actif et le passif se balancent, de telle sorte que la femme n'est en définitive créancière ou débitrice que du solde. C'est la théorie transmise par la tradition (1); c'est la théorie admise par la doctrine contemporaine (2) et consacrée par la jurisprudence (3). La femme n'est donc pas créancière à raison des valeurs dépendant des successions à elle échues et non tombées en communauté, à raison du remploi de ses propres aliénés, à raison des indemnités dues pour obligations par elle contractées conjointement ou solidairement avec son mari; ces diverses créances s'absorbent et se confondent dans un compte unique qui comprend aussi les récompenses par elle dues à la communauté; elle ne peut être créancière en définitive que du solde de ce compte, de l'excédent de son avoir sur son passif. Si sa créance est une, comme la créance du mineur ou de l'interdit contre son tuteur, n'est-il pas conforme à la raison que son hypothèque ait également un rang unique ? Comment distinguer en matière hypothécaire des créances qui, en matière de communauté tout au moins et peut-être sous tous les autres régimes, se confondent, ne sont que les éléments d'un seul compte? La solution contraire n'est-elle pas pleine d'inconvénients et de dangers ? Suivant quelles règles se fera l'imputation ? Comment déterminera-t-on les créances de la femme qui seront éteintes

(1) Pothier, *Commun.*, 692 *bis*; Tessier, *Soc. d'acquêts*, 273.

(2) Labbé, *Note* dans S., 72. 1. 313; Laurent, XXII, 487 et 488; de Loynes sur Tessier, *op. cit.*, 2e édit., p. 411, n. 273, note 1; Guillouard, *Cont. de mar.*, II, 977; de Loynes, *Note* dans D., 90. 2. 138; Huc, VIII, 157, IX, 312; Mérignhac, *Communauté*, II, 1963-1964; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, 1083-1085.

(3) Civ. cass., 15 mai 1872, D., 72. 1. 197, S., 72. 1. 313. — Caen, 27 juin 1874, D., 76. 2. 138, S., 79. 2. 146. — Amiens, 16 mai 1877, D., 80. 2. 215, S., 79. 2. 145. — Caen, 9 juill. 1889, D., 90. 2. 137, S., 90. 2. 73. — Civ. cass., 3 mars 1891, D., 91. 1. 249, S., 92. 1. 190. — Angers, 11 mai 1891, D., 93. 2. 447, S., 92. 2. 112.

par les récompenses dont elle deviendra débitrice? Il faudra cependant procéder à cette opération difficile. Car de ses résultats dépendra le rang de l'hypothèque légale. Ne serait-il pas plus simple, plus conforme aux nécessités de la pratique, d'attribuer à l'hypothèque légale un rang unique ?

Tels sont certainement les motifs qui expliquaient la règle suivie par la jurisprudence du Parlement de Paris, dont les rédacteurs du projet de code proposaient le maintien.

1467. Quelle que soit la valeur de ces considérations, il est certain que le tribunat s'est ému de l'injustice et des dangers de cette règle.

Elle lui a paru injuste, parce qu'il est contraire à la raison de conférer à la femme une hypothèque qui prenne rang avant la naissance de la créance. L'hypothèque est un droit accessoire, elle exige pour support une créance dont elle soit la garantie ; elle ne saurait donc précéder le moment où cette créance existe, tout au moins éventuellement.

La solution proposée par le Conseil d'Etat était en outre pleine de dangers; elle facilitait les fraudes. Voici, par exemple, un mari dont toutes les ressources sont épuisées ; il n'a plus de crédit personnel, il n'a plus de crédit hypothécaire, ses immeubles sont grevés d'hypothèques qui, venant s'ajouter à l'hypothèque légale de la femme, en absorbent la valeur. Il veut emprunter et ne trouve pas de prêteur. Que fait-il ? Sa femme s'oblige conjointement ou solidairement avec lui. Elle acquiert contre lui une action en indemnité; cette créance est garantie par l'hypothèque légale; si l'hypothèque de ce chef date du jour de la célébration du mariage, la femme enlèvera aux créanciers hypothécaires antérieurs le gage sur lequel ils avaient le droit de compter. Il aura suffi que la femme s'oblige conjointement ou solidairement avec son mari pour que la garantie par eux stipulée devienne illusoire. Une pareille solution n'est-elle pas destructive du crédit hypothécaire, n'anéantit-elle pas la sécurité des transactions? L'hypothèque légale par elle seule présente assez d'inconvénients, sans qu'on laisse à la disposition de la mauvaise foi le moyen de les aggraver encore. Les créances qu'elle garantit sont indéterminées, aucune évaluation n'en

est ordonnée ; les fautes commises par le mari dans son administration peuvent en accroître le montant ; les tiers ne sont pas protégés contre ces incertitudes et ces dangers ; la loi n'a tenu compte que de l'intérêt de la femme. C'est déjà beaucoup ; il ne faut pas aller plus loin et permettre aux époux d'accroître par leur volonté les créances de la femme et la charge de l'hypothèque. La femme sera d'autant plus disposée à s'obliger ou à vendre ses biens qu'elle le pourra faire sans danger. Elle trouvera dans la rétroactivité de son hypothèque une complète garantie, les créanciers hypothécaires du mari, antérieurs à l'obligation ou à la vente, souffriront seuls.

Voilà les motifs qui ont déterminé le tribunat à proposer la modification que nous avons indiquée et le conseil d'Etat à l'accepter.

1468. Mais il ne suffit pas d'avoir justifié la loi, il est nécessaire d'essayer d'en dégager un principe qui nous aidera à résoudre les nombreuses difficultés de la matière et à fixer le rang de l'hypothèque légale pour les créances que l'art. 2135 ne mentionne pas.

Or, à ce point de vue, l'art. 2135 semble susceptible de plusieurs interprétations différentes.

On peut admettre, en premier lieu, que la loi consacrait à l'origine un principe auquel il a été, sur la proposition du tribunat, apporté quelques exceptions. Mais celles-ci doivent recevoir une interprétation limitative ; toutes les fois que la loi ne se sera pas expliquée, c'est au principe qu'il faudra avoir recours et le rang de l'hypothèque légale sera déterminé par la date de la célébration du mariage [1].

Dans une deuxième théorie, au contraire, on considèrerait les diverses dispositions de l'art. 2135 comme des applications particulières d'un principe qui ne serait pas écrit dans la loi. On en rechercherait alors la formule soit dans les tra-

[1] Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, 9e éd., II, 1637 ; Planiol, II, 3118-3119. — Civ. cass., 15 juill. 1902, D., 04. 1. 353 (*Note* de M. de Loynes). — Cpr. Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-VII s. — Cpr. Civ. cass., 25 juin 1895, D., 97. 1. 553 (*Note* de M. Léon Michel), S., 95. 1. 348.

vaux préparatoires, soit dans une idée générale dont le législateur aurait déduit les dispositions de notre article [1].

Enfin, dans une dernière théorie, on considèrerait que le législateur n'a consacré et n'a entendu consacrer en notre matière aucune règle générale. Les diverses prescriptions de l'art. 2135 ne seraient donc que des prescriptions isolées ; il serait impossible de les rattacher à un principe dominant et, comme le législateur n'a pas déterminé le rang de toutes les créances de la femme contre son mari, nous serions obligés, pour suppléer à son silence, de procéder par voie d'analogie [2]. Dans ses résultats, cette dernière théorie se rapproche beaucoup de celle que nous avons exposée en second lieu.

1469. La première opinion est séduisante. Pour la justifier on peut présenter l'argumentation suivante : le projet primitif s'inspirant d'un principe analogue à celui qui a été admis pour l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, assignait à l'hypothèque légale de la femme un rang unique pour toutes ses créances contre son mari : il la faisait dater du jour du mariage [3]. Il est vrai que, dans la rédaction définitive adoptée par le conseil d'Etat, le mot *reprises*, intercalé entre la dot et les conventions matrimoniales [4], a disparu du texte de la loi, quand il a été remanié à la suite des observations du tribunat ; mais il n'a été expliqué, ni pourquoi on avait ajouté le mot *reprises*, ni pourquoi on l'avait supprimé, et cet incident semble par suite avoir assez peu d'importance. Il n'en reste toujours pas moins que, dans le projet primitif, dont la formule se trouve aujourd'hui littéralement reproduite par l'art. 2135-2° al. 1, les mots *dot et conventions matrimoniales* comprenaient toutes les créances garanties par l'hypothèque légale, et que par suite, pour toutes indistinctement, l'hypothèque légale datait du jour du mariage. Les mots étant restés, le principe qu'ils exprimaient a été aussi conservé. La règle est donc, aujourd'hui encore, que

[1] Pont, II, 751 ; Beudant, II, 725.

[2] Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 239, 5e éd. p. 402 ; Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-IX ; Huc, XIII, 267.

[3] V. le texte *supra*, II, 1465.

[4] Fenet, XV, p. 401.

l'hypothèque légale de la femme date du jour du mariage, et c'est cette règle qui devra être appliquée dans tous les cas pour lesquels le législateur n'y a pas fait exception.

Nous parlons de règle et d'exception.

L'al. 1er de l'art. 2135-2° est bien conçu dans les termes généraux qui annoncent une règle : « L'hypothèque existe » indépendamment de toute inscription..... 2° Au profit des » femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimo- » niales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du » jour du mariage ». Nous disons que ce texte signifie, comme le projet dont il reproduit littéralement les termes, que l'hypothèque légale de la femme, pour toutes les créances auxquelles elle est attachée, et sauf les exceptions dont le législateur va parler, prend rang du jour du mariage. La plus importante de ces créances est désignée par le mot *dot*, les autres par l'expression *conventions matrimoniales :* et en effet, toutes les créances de la femme envers son mari ont en définitive leur source dans les conventions matrimoniales. Ce qui prouve bien que ce texte a toute la généralité que nous lui donnons, c'est que, s'il devait être entendu dans un sens restreint, il y aurait un certain nombre de créances de la femme, auxquelles la garantie de l'hypothèque légale est attachée, qui ne rentreraient pas dans ses prévisions, et toutes celles-là demeureraient soumises à la formalité de l'inscription. Car l'art. 2135 n'attache la dispense d'inscription qu'aux créances qu'il énumère ; et par conséquent, pour que toutes soient dispensées d'inscription, comme la raison l'exige, et comme la doctrine l'enseigne, il faut nécessairement que toutes rentrent dans les prévisions de ce texte ; or pour cela il est nécessaire de considérer ledit art. 2135-2° al. 1 comme formulant une règle générale applicable à toutes les créances de la femme indistinctement.

Nous avons donc dans l'art. 2135-2° al. 1 une règle générale applicable à toutes les créances de la femme garanties par l'hypothèque légale.

1470. Malgré la force de cette démonstration on peut cependant douter que cette interprétation traduise exactement la volonté du législateur. Il est bien certain que, dans le projet

de code, l'hypothèque garantissait à une date unique, celle de la célébration du mariage, toutes les créances de la femme quelle qu'en fût l'origine, à quelque époque qu'elles eussent pris naissance. Mais le tribunat critiqua cette disposition comme contraire à la raison et à la justice. Il fit des créances de la femme deux catégories, l'une comprenant les créances relatives à la dot ou résultant des conventions matrimoniales, l'autre comprenant tous les droits qui ont leur origine dans une manifestation ultérieure de volonté de la femme ou dans un événement postérieur nouveau venant s'imposer à sa volonté et la contraindre à donner un consentement qu'elle n'avait pas encore exprimé. Pour les premiers, il accepta le projet mais avec une restriction. Il est des biens qui, quoique faisant partie de la dot, n'adviennent à la femme qu'au cours du mariage, par succession ou donation ; en ce qui les concerne, la responsabilité du mari ne saurait précéder le moment où il est investi de leur administration. L'hypothèque légale ne datera pas du jour du mariage. Pour les autres, pour les indemnités dues à raison des obligations contractées par la femme ou de l'aliénation de ses propres ou d'une expropriation pour cause d'utilité publique, il serait *odieux* que la rétroactivité de l'hypothèque vînt enlever aux créanciers antérieurs du mari la garantie sous la foi de laquelle ils ont consenti à traiter. L'hypothèque ne datera que du jour de l'obligation, de l'aliénation, ou de l'expropriation. Si tel est le sens de la loi (et cette interprétation semble bien conforme aux travaux préparatoires que nous avons reproduits), l'art. 2135 n'édicte pas une règle générale à laquelle il apporte ensuite des exceptions : il prévoit des situations différentes et adapte à chacune d'elles une règle spéciale. On n'y rencontre pas le principe qu'on a cru y découvrir.

Cette théorie du reste conduit à des conséquences qui ne paraissent pas en harmonie avec la volonté du législateur. Bornons-nous à en signaler une seule dans l'impossibilité où nous sommes de les exposer toutes. On en conclut en effet que, sous le régime dotal, l'hypothèque garantit à la date du mariage les créances résultant de l'administration par le mari des biens paraphernaux de la femme, et cela dans tous les

cas, qu'il en ait été investi par le contrat de mariage ou par un mandat postérieur ou même qu'il s'en soit emparé sans mandat. Or, dans ces dernières hypothèses, l'hypothèque légale, si elle prend rang du jour du mariage, aura une date antérieure à la naissance de la créance et même à l'administration confiée au mari ou prise par lui. Accepter cette solution n'est-ce pas se mettre en opposition avec les observations du tribunat que le conseil d'Etat a faites siennes en adoptant l'amendement proposé? « L'administration du mari seule » peut faire le fondement de l'hypothèque ». C'est pour ce motif que l'hypothèque légale à raison des successions échues à la femme ne date que du jour de leur ouverture. Il ne saurait en être autrement pour les biens paraphernaux. En ce qui les concerne, l'hypothèque ne saurait précéder le moment où a commencé le pouvoir d'administration du mari, et par suite sa responsabilité.

Cet exemple suffit pour montrer les dangers de cette première théorie. Nous ne voulons pas insister davantage.

1471. D'après une deuxième opinion, le point de départ adopté par le législateur et qui a servi de base aux décisions de l'art. 2135 consiste à assigner à l'hypothèque légale de la femme, pour chaque créance, la date du jour où cette créance a pris naissance; cette règle devra donc être appliquée dans tous les cas non prévus.

A l'appui de cette solution, on peut invoquer la disposition par laquelle l'art. 2135 fixe le rang de l'hypothèque pour l'indemnité des dettes contractées par la femme ou pour le remploi de ses propres aliénés à la date des obligations ou des aliénations. On dirait : C'est à cette époque que la femme devient créancière de son mari; c'est à cette date que l'hypothèque prendra rang. C'est dans cette partie de l'art. 2135 que se trouve le principe qui domine toutes ses dispositions et ce principe doit servir à fixer le rang de l'hypothèque. On peut trouver aussi dans l'alinéa de l'art. 2135 relatif à la dot et aux conventions matrimoniales un argument en faveur de cette opinion. C'est par le contrat de mariage que la femme devient créancière de la restitution de sa dot et des conventions matrimoniales; c'est du jour du mariage que datera

l'hypothèque légale. De même, c'est du jour de l'ouverture des successions que la femme acquiert le droit d'exiger du mari la restitution des valeurs à elle attribuées. C'est de ce jour seulement que son hypothèque légale prendra rang. On parvient ainsi à synthétiser l'art. 2135 et à faire des diverses règles qu'il édicte l'application d'un principe unique.

1472. On conteste cependant que cette opinion soit l'expression fidèle de la pensée du législateur. L'art. 2135 paraît au contraire protester contre cette interprétation. Si le législateur avait eu la pensée qu'on lui prête, il aurait dû faire dater l'hypothèque légale pour raison de la dot, non du jour du mariage, mais du jour où le mari a reçu le paiement de la dot; car c'est seulement à dater de ce paiement, qui peut survenir longtemps après la célébration du mariage, que le mari devient débiteur et par suite la femme créancière de la dot; de même il aurait dû faire dater l'hypothèque légale pour raison des sommes dotales échues à la femme par succession, du jour où le mari a touché ces sommes, et non du jour de l'ouverture des successions; de même, il aurait dû faire dater l'hypothèque légale du jour où le mari a touché le prix d'aliénation des propres de la femme ou du jour où celle-ci a exécuté l'obligation par elle contractée et non du jour de l'aliénation ou du jour de l'obligation.

A cette objection on peut toutefois répondre. L'hypothèque légale ne garantit pas seulement les créances actuelles et déterminées de la femme, mais encore les créances indéterminées et même simplement éventuelles (art. 2153). Il suffit donc, pour que la créance existe et pour que l'hypothèque légale prenne naissance, que le droit de la femme soit en germe, alors même qu'il dépendrait d'éventualités futures et incertaines. L'action en restitution de la dot prend naissance au moment même de la célébration du mariage, bien qu'elle soit subordonnée à la réception ultérieure de cette dot ou à une faute du mari qui n'en aurait pas exigé le paiement. La créance de la femme existe en germe dès l'instant où il ne dépend plus de sa volonté de devenir ou de ne pas devenir créancière de son mari. Du moment où le mari a un droit, où il peut exercer ce droit sans un consentement nou-

veau de la femme, et où cet exercice devient une obligation et peut le constituer débiteur de celle-ci, la créance de la femme existe et sa date détermine le rang de l'hypothèque.

Ainsi présentée et expliquée, cette opinion est certainement satisfaisante et le principe qu'elle pose donne la solution des graves difficultés de la matière. Mais répond-elle bien à la pensée des rédacteurs du code? C'est très douteux. Les observations du tribunat n'indiquent pas le projet de soumettre à une règle uniforme toutes les créances de la femme; on distingue au contraire d'une part celles qui naissent dès la célébration du mariage et d'autre part celles qui sont la conséquence d'un acte ultérieur de la volonté de la femme. Pour les premières, l'hypothèque prendra rang en principe du jour de la célébration du mariage, pour les secondes du jour où la femme aura, par cette manifestation de sa volonté, acquis une créance contre son mari. Dans le premier cas, l'hypothèque a pour fondement les pouvoirs d'administration dont le mari est investi; dans le second, la créance que la femme vient d'acquérir et qui ne peut sans danger pour le crédit public être garantie par une hypothèque dont l'effet rétroagirait dans le passé au préjudice des autres créanciers hypothécaires du mari ou des tiers acquéreurs d'immeubles de celui-ci. Le tort de la formule que nous critiquons est de ne pas mettre assez en évidence les motifs et les termes de la distinction admise sur la proposition du tribunat. C'est pourquoi il nous paraît préférable de ne pas l'adopter.

1473. Les mêmes motifs nous déterminent à ne pas accepter une troisième opinion qui fixe la date de l'hypothèque au jour où commence l'administration du mari. Elle s'inspire, il est vrai, des préoccupations qui agitaient le tribunat, lorsqu'il a proposé de donner à l'hypothèque légale garantissant les successions la date de l'ouverture du droit. Mais la formule proposée nous paraît trop restrictive. L'hypothèque légale ne garantit pas seulement les créances nées de l'administration du mari et fondées sur sa responsabilité. Elle garantit toutes les créances que la femme peut avoir contre son mari quelle

qu'en soit l'origine, ainsi que nous l'avons démontré [1]. La formule proposée n'est donc pas assez générale, elle ne répond ni à la volonté du législateur, ni aux nécessités de la pratique. Elle donne naissance à de très graves difficultés, quand il s'agit de déterminer le moment précis où commence la responsabilité du mari. Peut-on dire, par exemple, que la responsabilité du mari commence avant l'échéance du terme d'exigibilité de la dot, et le rendre responsable d'une insolvabilité survenue subitement et sans que rien ne puisse la faire prévoir? Enfin ces difficultés délicates sont une gêne et une entrave pour le crédit foncier. Dans l'intérêt public, il faut que les tiers puissent apprécier avec sécurité les charges qui grèvent l'immeuble offert en garantie. L'opinion que nous discutons ne répond pas à ce besoin et il paraît bien difficile de l'accueillir.

1474. Les considérations précédentes semblent conduire à une dernière opinion. Pour déterminer le rang de l'hypothèque légale dans tous les cas non prévus par la loi, il faudra procéder par voie d'analogie. Mais cette solution appelle les mêmes critiques que la solution précédente; elle a l'inconvénient de laisser la porte ouverte à l'arbitraire des appréciations individuelles et par suite d'exposer les tiers à commettre des erreurs. Or, le fondement indispensable d'un bon régime hypothécaire, c'est la sécurité du prêteur. Il faut qu'il connaisse aussi exactement que possible les charges grevant les immeubles qui lui sont offerts en garantie. L'interprétation analogique ne lui donne pas cette sécurité, dont il a besoin. Le rang de l'hypothèque demande à être précisé d'une manière plus certaine ; c'est ce qu'il semble possible de tenter après les développements dans lesquels nous sommes entrés.

Ajoutons aussi que l'interprétation analogique pourrait suffire si l'hypothèque légale ne garantissait, comme on l'enseigne [2], que les créances nées de l'administration du mari ; mais si elle est attachée, comme nous le pensons et comme nous espérons l'avoir démontré [3], à toutes les créances qui résul-

(1) *Supra,* II, 980 s.
(2) Aubry et Rau, § 264 *ter*-2°, III, 4e éd. p. 217, 5e éd. p. 370.
(3) *Supra,* II, 981.

tent au profit de la femme mariée de sa qualité de femme mariée, elle ne nous fournit pas le moyen de déterminer dans toutes les hypothèses le rang de l'hypothèque. Il faut nécessairement chercher un autre critérium plus compréhensif.

1475. Ce critérium dont nous poursuivons la recherche se dégage des observations du tribunat. Elles se concentrent sur deux points : 1° les obligations contractées et les aliénations consenties par la femme mariée ; 2° la dot et les conventions matrimoniales. Rappelons-en les termes.

1° En ce qui concerne les obligations et les aliénations, il serait injuste « qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de » l'acte qui forme l'origine de la créance » ; il serait « odieux » que la femme, en s'obligeant ou en vendant postérieure- » ment, puisse primer des créanciers ou des acquéreurs qui » ont contracté auparavant avec le mari. C'était là une source » de fraudes qu'il est enfin temps de faire disparaître ».

2° En ce qui concerne la dot et les conventions matrimoniales, le tribunat présente l'observation suivante : « Les » sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque légale, » lorsqu'elles proviennent de successions, que du jour de » l'ouverture de ces successions ; car c'est seulement alors » qu'il y a de la part du mari une administration qui seule » peut faire le fondement de l'hypothèque ».

De ces observations se dégage une double pensée qui par suite est exclusive de l'idée d'un principe unique. Une distinction doit être faite et deux règles distinctes doivent être admises pour deux situations dissemblables. Il est des droits que la femme acquiert du jour de la célébration du mariage. Il est des droits qui naissent plus tard à la suite d'une nouvelle manifestation de sa volonté, que cette manifestation soit le résultat d'une libre détermination ou d'un acte étranger qui la lui impose.

Pour ces derniers l'hypothèque légale ne prendra rang qu'à la date de la naissance du droit, de la créance. La règle contraire serait injuste ; car l'hypothèque est l'accessoire d'une créance ; elle ne saurait donc préexister ; il lui faut un support sur lequel elle s'appuie. Mais cette créance n'a pas besoin d'être une créance actuelle ; elle peut être simplement

éventuelle. Cela suffit pour porter l'hypothèque. La femme qui s'oblige solidairement avec son mari ou qui le cautionne ne sait pas si elle sera obligée de payer ; le créancier peut s'adresser au mari et être par lui désintéressé. Dans ce cas, la femme n'aura pas de créance ; elle n'a pas besoin d'hypothèque. Mais le créancier peut aussi poursuivre la femme ; celle-ci peut être contrainte d'exécuter l'obligation ; elle aura alors un recours. Du jour où elle s'oblige, elle acquiert donc une créance éventuelle contre son mari pour le cas où elle serait obligée de payer ; cette créance éventuelle sera garantie par une hypothèque qui prendra rang du jour où l'obligation a été contractée. Jusqu'au moment où il dépend de la volonté de la femme de devenir, en s'engageant, créancière de son mari, elle n'a pas d'hypothèque ; mais du jour où le tiers a le droit de la poursuivre sauf son recours, la femme a acquis une créance éventuelle ; l'hypothèque qui garantit ce recours prend rang à la même date. La loi applique la même règle aux aliénations de propres. Sa disposition se justifie de la même manière. Supposons, pour prévenir des difficultés que nous aurons à examiner, que les époux soient mariés sous le régime de la communauté. La femme vend un de ses propres. Devient-elle immédiatement créancière de son mari ? Non, car celui-ci pourra se libérer, à la dissolution de la communauté, en lui restituant la créance contre l'acquéreur. Mais, en vertu des pouvoirs qui lui appartiennent, il acquiert le droit de toucher le prix sans le concours de la femme et si cette éventualité se réalise, celle-ci n'aura qu'une créance contre son mari. Elle devient donc actuellement créancière éventuelle de son mari ; cette créance éventuelle est garantie par l'hypothèque légale ; cette hypothèque prend rang du jour de l'aliénation.

Cette solution basée sur la justice, sur la volonté ferme de prévenir les fraudes et de sauvegarder les droits des autres créanciers hypothécaires du mari ou des tiers acquéreurs de ses immeubles doit être généralisée. Elle s'appliquera par identité de motifs, par analogie dans tous les cas où la créance de la femme naîtra postérieurement au mariage par un acte de sa volonté.

Au contraire, en ce qui concerne les droits que la femme acquiert contre son mari au moment de la célébration du mariage et qui sont relatifs à la dot et aux conventions matrimoniales, l'hypothèque prendra rang, en principe, du jour de la célébration du mariage. Toutefois, pour les sommes dotales qui proviennent de successions échues et de donations faites pendant le mariage, elle ne datera que de l'ouverture des successions ou du jour où les donations auront eu leur effet, « car c'est seulement alors qu'il y a de la part du mari » une administration qui seule peut faire le fondement de » l'hypothèque ». Il résulte de là que pour les créances de la femme qui sont relatives à la dot, qui ont leur origine dans les pouvoirs dont le mari est investi ou leur cause dans les conventions matrimoniales, l'hypothèque date, en principe, du jour de la célébration du mariage. C'est une règle générale que la loi consacre, comme le décide, avec raison dans cette mesure mais dans cette mesure seulement, le premier système. Alors la créance de la femme naît, éventuellement au moins, au moment de cette célébration; à ce moment commence aussi la responsabilité du mari; à cette date doit, par analogie s'il en est besoin, exister l'hypothèque légale.

On est ainsi conduit à déduire de l'art. 2135 une double règle. L'hypothèque légale date :

1° Du jour du mariage pour la dot et les conventions matrimoniales, sauf l'exception relative aux successions et donations;

2° Du jour des obligations ou des ventes pour l'indemnité des dettes par elle contractées ou pour le remploi de ses propres aliénés ou, d'une manière plus générale, du jour de la naissance de la créance, lorsque le droit de la femme est né depuis le mariage par une manifestation nouvelle de sa volonté, qu'elle ait librement consenti ou qu'un acte souverain ou émané d'un tiers lui ait imposé sa détermination, comme dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique [1].

[1] Cpr. Lepinois, III, 1378 qui distingue également entre les créances même conditionnelles ou éventuelles résultant des conventions matrimoniales et les créances qui, quoique fondées sur le contrat de mariage, ne naissent cependant que pendant le mariage : obligations souscrites, aliénation de propres.

Cette solution sauvegarde autant qu'il est possible l'intérêt des tiers. Ceux qui traitent avec le mari sont à l'abri de tout danger que pourrait faire naître la mauvaise foi des époux; ils n'ont rien à craindre des conventions ultérieures qui donneraient naissance à un droit de créance au profit de la femme. S'agit-il de créanciers hypothécaires, ils n'ont pas à redouter de ce chef l'exercice de l'hypothèque légale; s'agit-il d'un tiers acquéreur, il n'a pas à craindre de se voir poursuivi par l'action hypothécaire. Ils peuvent traiter en pleine sécurité.

Ils ne peuvent avoir qu'une préoccupation, celle de l'exercice de l'hypothèque à raison de la dot et des conventions matrimoniales. Il leur appartient d'apprécier l'étendue des obligations dont le mari peut être tenu de ce chef. La loi leur fournit des bases précises pour cette appréciation; elle les met à l'abri des éventualités les plus redoutables de l'avenir. La dot peut s'accroître par succession ou donation; la créance de la femme deviendra plus considérable; les tiers sont protégés contre ce danger; de ce chef, l'hypothèque légale ne pourra être opposée ni aux créanciers hypothécaires du mari, ni aux acquéreurs si leur hypothèque a été inscrite, leur titre d'acquisition transcrit avant l'ouverture de la succession ou le moment auquel la donation a eu son effet.

Nous donnons ainsi satisfaction aux observations du tribunat et aux besoins du crédit public (1).

Nous abordons maintenant les applications que la loi a faites de ces règles et l'étude des difficultés qu'elles soulèvent.

1476. L'art. 2135 nous parle tout d'abord de la dot et des conventions matrimoniales. La *dot* est tout ce que la femme apporte à son mari pour l'aider à supporter les charges du mariage.

Sous tous les régimes matrimoniaux, la femme peut avoir contre son mari une action en restitution de sa dot (2).

(1) Cpr. Civ. cass., 25 juin 1895, qui fixe le rang de l'hypothèque à la date de la célébration du mariage pour toutes les créances qui, dérivant du mariage lui-même, doivent être considérées comme nées à partir de sa célébration, D., 97. 1. 553 (*Note* de M. Léon Michel), S., 95. 1. 348.

(2) *Supra*, II, 982.

Cette éventualité se présente sans difficulté pour la dot constituée en argent, lorsque les époux ont adopté le régime dotal ou le régime sans communauté ; elle peut également se réaliser sous un régime de communauté, même sous celui de la communauté légale, si la femme s'est réservé cette somme à titre de propre ou si des donations de biens de cette nature lui ont été faites par le contrat de mariage sous la condition qu'ils ne tomberaient pas en communauté. Il n'y a pas lieu de tenir compte de l'époque du paiement réel ou de l'exigibilité de la dot ; alors même que ces événements ne se produiraient qu'après la célébration du mariage, l'hypothèque prendrait rang néanmoins de la date de cette célébration [1]. La créance de la femme contre son mari n'est alors qu'éventuelle et subordonnée à cette condition : si le mari reçoit la dot. Cela suffit, il ne dépend pas d'une nouvelle manifestation de volonté de la femme de devenir créancière de son mari. Le rang de l'hypothèque se trouve ainsi déterminé.

Il en serait de même si dans la constitution de dot se trouvait comprise une action en nullité ou en rescision par l'effet de laquelle s'opèrerait une rentrée [2].

Cette règle s'applique aussi aux autres meubles corporels ; cependant des distinctions s'imposent, il est nécessaire de les indiquer.

Les meubles corporels réservés comme propres peuvent constituer des propres parfaits ou des propres imparfaits.

Dans ce dernier cas, le mari acquiert le droit d'en disposer ; il est seulement tenu de rendre à la cessation de sa jouissance une égale quantité de choses de même nature et de même qualité ou leur estimation. La créance de la femme est garantie par l'hypothèque légale dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'une dot en argent.

Lorsque ces meubles corporels sont des propres parfaits, la même solution doit être admise. Elle est incontestable pour ceux qui décident que le mari a, en sa qualité d'admi-

[1] Thézard, 226 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 64 *in fine*, III, 5e éd. p. 403.

[2] Duranton, XX, 22 *bis ;* Pont, II, 777 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 72, III, 4e éd. p. 242, 5e éd. p. 406 ; Beudant, II, 732. — *Contra* Grenier, I, 233 ; Troplong, II, 587.

nistrateur, la faculté de les aliéner seul et sans le concours de la femme. Il ne dépend plus de la volonté de celle-ci de devenir ou de ne pas devenir créancière ; il est juste que l'hypothèque date de la célébration du mariage. Il devrait, semble-t-il, en être autrement dans la théorie qui exige le consentement de la femme pour la validité de l'aliénation des propres mobiliers parfaits (1). En droit, cette hypothèse présente la plus grande analogie avec celle de l'aliénation des propres immobiliers, qui ne peut aussi avoir lieu sans le consentement de la femme. Or, dans ce cas, l'hypothèque ne prend rang que de la date de l'aliénation. Ne doit-il pas en être de même dans notre hypothèse? Nous ne le pensons pas, car il s'agit de meubles corporels ; la tradition faite par le mari seul suffit pour enlever à la femme son action en revendication, si le possesseur a reçu la chose de bonne foi (art. 2279). La femme est donc exposée à perdre son droit de propriété sans aucune manifestation de sa volonté ; il ne dépend plus d'elle de devenir ou de ne pas devenir créancière de son mari et cette situation naît avec le mariage ; elle est la conséquence de la constitution de dot. L'hypothèque prendra rang à cette date (2).

Les meubles incorporels ne sont pas régis par l'art. 2279, à l'exception toutefois des titres au porteur. Si l'on décide que le mari ne peut pas les aliéner en sa qualité d'administrateur, que le consentement de la femme est nécessaire pour la validité de l'opération, la situation est la même que pour les propres immobiliers et la même règle devrait être suivie. Mais il en sera autrement, si on reconnaît au mari le droit d'en disposer seul (3).

Pour les immeubles propres, le droit de propriété de la femme est sauvegardé par les principes généraux ; l'aliénation n'en peut avoir lieu sans son consentement. Par conséquent, elle ne peut devenir de ce chef créancière qu'en vertu

(1) V. sur cette question et en ce sens Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, 759 et les autorités qui y sont citées.

(2) Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-III.

(3) Thézard, 228. — Paris, 9 fév. 1856, D., 56. 2. 95, S., 56. 2. 368. — Cpr. Grenoble, 3 fév. 1879, D., 80. 2. 149, S., 80. 2. 69.

d'une manifestation nouvelle de sa volonté; nous savons qu'en conséquence l'hypothèque pour le remploi du prix des propres aliénés prend rang seulement à la date des aliénations.

Le mari devient, dans la plupart des régimes, l'administrateur des biens de sa femme, ce pouvoir naît dès l'instant de la célébration du mariage ; les fautes qu'il peut commettre en l'exerçant engagent sa responsabilité ; l'action en indemnité, qui existe alors au profit de la femme, naît sans manifestation de volonté de celle-ci, par le fait du mari seul ; l'hypothèque légale qui la garantit date du jour du mariage quand il s'agit de biens qui appartenaient à cette époque à la femme [1]. Il serait peut-être même plus exact de les faire rentrer dans les conventions matrimoniales dont nous allons parler.

Si la maison propre à la femme est détruite par un incendie, on décide, sous les régimes de communauté, que l'indemnité due par l'assureur reste propre à la femme et la même règle devrait être suivie lorsque les époux ont stipulé le régime sans communauté ou lorsque, mariés sous le régime dotal, la maison était comprise dans la constitution de dot. Le mari a le droit, en sa qualité d'administrateur, de toucher le montant de cette indemnité qu'il devra plus tard restituer à la femme. La créance de celle-ci est garantie par l'hypothèque légale et cette hypothèque prend rang du jour de la célébration du mariage. La créance de la femme naît sans nouvelle manifestation de sa volonté.

1477. L'art. **2135** applique la même règle aux *conventions matrimoniales*. Sous cette dénomination, il faut comprendre les créances qui résultent au profit de la femme des stipulations du contrat de mariage et qui n'ont pas pour origine des faits postérieurs impliquant un consentement nouveau. Par ces expressions notre texte entend désigner, suivant l'opinion générale, non seulement les divers avantages matrimoniaux qui résultent pour la femme des stipulations de son contrat de

[1] Pont, I, 409, II, 775; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 73, III, 4e éd. p. 242, 5e éd. p. 406; Guillouard, II, 851. — Poitiers, 14 décembre 1830, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 903, S., 31. 2. 214. — Req., 27 décembre 1859, D., 60. 1. 105, S., 61. 1. 87.

mariage (conventions matrimoniales expresses), mais aussi ceux qui résultent des seules dispositions de la loi, auxquelles les parties sont censées s'être référées par cela même qu'elles n'y ont pas dérogé (conventions matrimoniales tacites).

Les gains de survie sont donc garantis par une hypothèque légale datant de la célébration du mariage, il en serait ainsi notamment du préciput s'il avait été stipulé même en cas de renonciation à la communauté.

Nous n'avons pas parlé, dans les lignes qui précèdent, du cas où les époux ont adopté le régime de la séparation de biens ainsi que du cas où la femme mariée sous le régime dotal possède des biens paraphernaux; il s'élève alors des difficultés particulières que le texte n'a pas résolues. Nous croyons préférable d'examiner d'abord les hypothèses prévues par la loi; nous pourrons ensuite plus facilement appliquer la règle aux cas qu'elle n'a pas réglementés.

1478. L'hypothèque pour raison de la dot et des conventions matrimoniales prend rang, en principe et sauf l'exception relative aux successions et aux donations, du jour de la célébration du mariage.

Le code a rompu sur ce point, ainsi que nous l'avons déjà vu, avec les traditions de notre ancienne jurisprudence. L'hypothèque légale y prenait rang du jour du contrat de mariage s'il était constaté par acte passé devant notaires, et du jour de la célébration du mariage dans le cas contraire. Cette règle y était la conséquence du principe qui accordait une hypothèque générale pour assurer l'exécution des obligations constatées par acte notarié, elle devait disparaître avec lui. C'est pourquoi l'hypothèque légale prend rang de ce chef à la date de la célébration du mariage.

Cependant les textes n'ont pas toute la netteté désirable. En effet, tandis que l'art. 2135-2° fait dater l'hypothèque dont il s'agit du jour du *mariage*, l'art. 2194 semble dire qu'elle prend rang du jour du *contrat de mariage :* expression qui désigne généralement le contrat notarié relatif aux biens, contrat qui précède nécessairement le mariage (art. 1394) et peut quelquefois le précéder de longtemps. On a voulu en conclure que l'art. 2194 déroge à l'art. 2135 pour le cas où

il a été dressé un contrat de mariage et que l'hypothèque légale date alors du jour de ce contrat.

Mais il est loin d'être certain que l'art. 2194 soit en antinomie avec l'art. 2135-2°. Le législateur a très bien pu employer l'expression *contrat de mariage* pour désigner le contrat relatif à l'union des personnes, c'est-à-dire le mariage, bien que ce ne soit pas là son sens usuel.

En supposant même qu'il y eût, comme on l'a prétendu, antinomie entre ces deux dispositions, c'est à la solution donnée par l'art. 2135 qu'il faudrait s'en tenir. En effet ce texte, qui a été écrit tout exprès pour déterminer le rang de l'hypothèque légale de la femme mariée, doit prévaloir à ce titre sur l'art. 2194, qui ne touche cette question que tout à fait incidemment sans se proposer de la résoudre, et dans lequel par suite le rédacteur a pu ne pas peser avec rigueur ses expressions sur un point de détail qui n'attirait pas particulièrement son attention.

La solution contraire serait illogique sous l'empire d'une législation qui, à la différence de notre ancienne jurisprudence, n'accorde pas la garantie d'une hypothèque générale à tout créancier dont le droit est constaté par un acte notarié.

Enfin elle serait inconciliable avec le principe de la publicité des hypothèques. On conçoit, à la rigueur, que le législateur n'ait pas subordonné à la condition d'une inscription l'efficacité de l'hypothèque légale. La publicité qui entoure la célébration du mariage a pu lui paraître suffisante pour porter ce fait à la connaissance des tiers. Mais il en est tout autrement du contrat de mariage. Aucune publicité ne l'accompagne. Faire rétroagir à sa date l'hypothèque légale, alors qu'il peut avoir précédé de plusieurs mois et peut-être d'un temps plus long la célébration du mariage, ce serait compromettre l'intérêt des tiers et par suite le crédit public; ce serait, contrairement à la pensée qui a inspiré les rédacteurs du code, blesser la justice et faciliter les fraudes [1]. Il en est ainsi

[1] Persil, I, sur l'art. 2135, § 2, II; Grenier, I, 243; Delvincourt, III, p. 327; Tessier, *De la dot*, II, p. 298, n CXXXIV, note 1093; Coulon, *Dialogues*, II, p. 23; Duranton, XX, 20; Benech, *De l'emploi et du remploi*, 111; Bellot des Minières,

alors même que le mari aurait reçu la dot au moment du contrat de mariage [1].

1478 I. La cour de cassation a considéré comme garantie par l'hypothèque légale à la date de la célébration du mariage la créance résultant pour la femme de la stipulation de reprise d'apport franc et quitte en cas de renonciation à la communauté [2].

Si l'on décide que, sauf les exceptions limitativement prévues par la loi, l'hypothèque légale de la femme prend rang à la date de la célébration du mariage, cette solution se justifie sans peine. Mais ayant repoussé le principe, nous ne pouvons admettre la conséquence. Le droit de la femme dépend de son option, c'est-à-dire d'une manifestation de sa volonté. Il n'y aura de créance que si la femme renonce ; n'est-il pas logique d'en conclure que l'hypothèque ne date que du jour de la renonciation [3]?

1479. A la règle que nous venons de développer, l'art. 2135 apporte une exception ; elle est relative aux sommes dotales provenant des successions échues ou des donations faites à la femme. L'hypothèque qui en garantit la restitution ne date que du jour de l'ouverture des successions ou du jour où les donations ont eu leur effet.

Ces valeurs font partie de la dot. La créance de la femme devrait donc être garantie par une hypothèque dont l'effet

Rég. dot. et comm. d'acquêts, II, 1397 ; Pont, II, 753 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 164, § 506, note 19 ; Potel, *Hyp. lég. de la femme*, p. 217 ; Audier, *Rev. prat.*, 1863, XVI, p. 491 ; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, III, 1965 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 64, III, 4e éd. p. 239, 5e éd. p. 402-403 ; de Loynes sur Tessier, *Soc. d'acquêts*, 2e éd., p. 29, n. 8, note 35 ; Thézard, 226 ; Guillouard, II, 835-836 ; Huc, XIII, 260 ; Beudant, II, 727 ; Planiol, II, 3116 ; Surville, II, 672. — Nîmes, 26 mars 1833, S., 34. 2. 89. — Caen, 5 juin 1876, S., 77. 2. 118 et sur pourvoi Req., 22 janvier 1878, D., 78. 1. 154, S., 78. 1. 306. — Grenoble, 19 déc. 1893, D., 95. 2. 140. — *Contra* Delaporte, *Pandectes franç.*, XV, p. 275 ; Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 3, n. 8 ; Wolowski, *Rev. de législ.*, 1834, I, p. 278 ; Benoît, *De la dot*, II, 47 ; Troplong, II, 579 s. — Trib. de Montpellier, 7 janv. 1870, D., 71. 3. 7, S., 71. 2. 100. — Grenoble, 8 fév. 1879, D., 80. 2. 149, S., 80. 2. 69. Cet arrêt résout la question sans la discuter.

(1) Pont, II, 752 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 64 *in fine*, III, 5e éd. p. 403 ; Guillouard, II, 837.

(2) Civ. cass., 15 juill. 1902, D., 04. 1. 353, S., 03. 1. 313.

(3) V. *Note* de M. de Loynes dans D. *loc. cit.*

rétroagirait au jour de la célébration du mariage. Cette solution semble d'autant plus juste à certains auteurs qu'il n'y a pas à craindre les fraudes si justement redoutées par le tribunat en matière d'obligations et d'aliénations [1].

Rapprocher ces solutions, c'est confondre deux idées que le tribunat a distinguées avec soin et qui l'ont déterminé à substituer à la règle unique consacrée par le projet deux règles différentes pour des hypothèses dissemblables. Il est des cas dans lesquels la femme devient, au cours du mariage, créancière de son mari en vertu d'une manifestation nouvelle de sa volonté ; il en est ainsi notamment lorsqu'elle s'oblige conjointement avec son mari ou lorsqu'elle consent à l'aliénation de ses propres. L'hypothèque qui garantit sa créance ne datera que du jour de l'obligation ou de l'aliénation. Il est des cas où la créance de la femme trouve sa cause dans les pouvoirs dont le mari est investi par le seul fait de la célébration du mariage, en vertu du régime matrimonial. Il en est ainsi notamment pour la dot ; l'hypothèque prend rang alors du jour de la célébration du mariage. Or, les sommes dotales provenant de successions ou de donations font partie de la dot ; les pouvoirs dont le mari est investi sur ces valeurs ont été établis par le contrat de mariage ; c'est dans cet acte et non dans une manifestation postérieure de la volonté de la femme que la créance de celle-ci trouve son origine. La logique voudrait donc que son hypothèque prît rang du jour de la célébration du mariage.

Le projet de code acceptait cette solution ; mais le texte définitif a décidé qu'il en serait autrement ; le conseil d'Etat a adopté sur ce point les propositions du tribunat. Quel en est le motif ? Pour justifier cette exception au principe, le tribunat invoque une seule considération : l'hypothèque a pour fondement l'administration du mari ; or cette administration pour les biens qui adviennent à la femme par succession ou donation ne peut pas commencer avant l'ouverture de la succession, avant que la donation n'ait eu son effet. Donc l'hypothèque aura la même date. Cet argument ne nous satisfait

[1] Cpr. Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 65, III, 4e éd. p. 240, 5e éd. p. 403-404.

pas parce qu'il prouve trop. Il conduirait notamment à dire que l'hypothèque garantissant la restitution d'une dot payable à terme ne devrait dater que du jour de l'échéance du terme. Nous avons vu qu'il en est autrement. L'hypothèque légale garantit les créances éventuelles aussi bien que les créances actuelles ; or la créance de la femme a son origine dans les clauses du contrat de mariage aussi bien que les pouvoirs d'administration du mari. Logiquement, l'hypothèque devrait avoir la même date.

Nous croyons cependant que la disposition de notre code peut se justifier ; nous l'approuvons même complètement. Sous l'argumentation du tribunat, nous apercevons d'autres raisons de décider ; elles nous paraissent absolument déterminantes. La publicité des hypothèques a été édictée dans l'intérêt des tiers, pour porter à leur connaissance les charges grevant les immeubles sur lesquels ils veulent acquérir des droits. L'hypothèque légale de la femme mariée est dispensée de publicité ; mais, à moins de sacrifier l'intérêt du mari, encore faut-il que les tiers puissent apprécier les charges créées par l'hypothèque. Or si la lecture du contrat de mariage leur permet ordinairement d'évaluer la créance que la femme pourra avoir à exercer contre son mari à raison de sa dot, il leur est impossible d'apprécier, même approximativement, la valeur des successions qu'elle sera appelée à recueillir, des donations qui lui seront faites. Autoriser la femme à exercer de ce chef une hypothèque rétroagissant au jour de la célébration du mariage, ce serait exposer les tiers aux surprises les plus inattendues ou compromettre de la manière la plus grave le crédit du mari. Le législateur a voulu prévenir ce danger [1]. Il a peut-être aussi redouté que l'exagération de l'hypothèque légale n'eût pour résultat de restreindre le nombre des mariages. En conséquence, il fixe la date de l'hypothèque de telle sorte que les tiers n'aient rien à craindre des successions ou des donations qui adviendront à la femme et, ce faisant, il ménage le crédit du mari. Enfin il sauvegarde les intérêts de la femme en lui accordant hypothèque du

[1] Guillouard, II, 839.

jour où elle acquiert les biens et en même temps une créance, peut-être simplement éventuelle, contre son mari.

1480. Quelle est cette date ?

Une succession échoit à une femme mariée, et cette succession, nous le supposons, fait partie de sa dot, c'est-à-dire des biens soumis au droit de jouissance du mari et dont la femme a le droit d'exercer la reprise : ce qui arrivera, par exemple, pour une succession échue à une femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Si parmi les biens de cette succession il y en a qui se consomment par le premier usage, par exemple des sommes d'argent ou des denrées, le mari, en vertu de son droit de jouissance, en deviendra propriétaire et sera débiteur envers la femme, pour l'époque où doit avoir lieu la restitution de la dot, de sommes ou de valeurs équivalentes. L'hypothèque légale qui garantit le paiement de ces *sommes dotales* prendra rang *du jour de l'ouverture de la succession* (1).

Peu importe que le mari n'ait pas reçu immédiatement les dites sommes ou lesdits effets; car il en est devenu responsable envers sa femme dès le jour de l'ouverture de la succession. La jurisprudence a appliqué cette solution à une rente recueillie par la femme dans une succession et qui fut ultérieurement remboursée au cours du mariage (2).

Quant aux immeubles de la succession dont la femme demeure ordinairement propriétaire, il n'y aurait plus lieu d'appliquer la disposition qui nous occupe, en ce qui concerne le rang de l'hypothèque légale : la femme est ici sauvegardée par son droit de propriété. Si elle consent à l'aliénation desdits biens, son hypothèque légale pour la récompense du prix touché par le mari ne datera que du jour de l'aliénation.

En ce qui concerne les immeubles, nous rappellerons une observation que nous avons déjà faite. Le mari en est l'ad-

(1) Troplong, II, 585; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 66, III, 4e éd. p. 240-241, 5e éd. p. 404; Guillouard, II, 840; Huc, XIII, 404. — Civ. rej., 5 mai 1841, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 919, S., 41. 1. 449. — Civ. rej., 26 décembre 1900, D., 01. 1. 129.

(2) Caen, 18 août 1871, D., 73. 2. 228, S., 72. 2. 273.

ministrateur; les fautes par lui commises engagent sa responsabilité; la créance d'indemnité, qui appartient à la femme du chef des immeubles qui lui adviennent à titre héréditaire, datera du jour de l'ouverture de la succession [1].

La jurisprudence a fait une très exacte application de ces principes à une hypothèse que nous avons prévue en parlant de la dot. Parmi les immeubles héréditaires dont la femme acquiert la propriété se trouve une maison. Elle est détruite par un incendie. Le mari touche l'indemnité due par la compagnie d'assurances, mais il en est comptable envers sa femme. La créance de celle-ci est garantie par l'hypothèque légale; cette hypothèque prendra rang du jour de l'ouverture de la succession [2].

1481. Pour les *sommes dotales* échues à la femme à titre de donation; l'hypothèque légale qui en assure la restitution prend rang, dit la loi, *à compter du jour que les donations ont eu leur effet,* par conséquent aussitôt que le contrat est devenu parfait, si la donation est pure et simple ou à terme, et à partir de la réalisation de la condition si elle est conditionnelle.

On a cependant prétendu faire remonter l'hypothèque légale à la date de l'acceptation, même dans cette dernière hypothèse [3]. On a dit que le droit existe en germe dès le moment de l'acte et que l'accomplissement de la condition le fait rétroagir à la même date. Ne peut-on pas signaler une véritable confusion dans cette argumentation? Le droit de la femme existe bien en germe dès l'instant de l'acceptation. Mais c'est contre le donateur qu'il existe; il n'existe pas encore contre le mari; c'est seulement au moment de l'accomplissement de la condition que commencera pour celui-ci le pouvoir d'administration, seul fondement de l'hypothèque et, partant, n'est-ce pas de ce moment seulement que date l'hypothèque [4]? Cette solution cependant nous laisse des doutes.

[1] Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-IX; Aubry et Rau, § 264 *ter,* note 73 *in fine,* III, 5e éd. p. 406-407. — V. *infra,* II, 1491.

[2] Nancy, 20 juill. 1889, *J. G. Suppl.,* v° *Priv. et hyp.,* 496, S., 90, 2, 155.

[3] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.,* n. 10; Thézard, 226.

[4] Persil, I, sur l'art. 2135, § 2, VII; Bellot des Minières, *Contr. de mar.,* I,

Le créancier conditionnel acquiert, par le fait seul de la convention, un droit et il a la faculté de prendre, *pendente conditione,* toutes les mesures propres à le conserver (art. 1180). Or le mari, en sa qualité d'administrateur des biens de la femme, n'est-il pas tenu d'accomplir tous les actes conservatoires de ses droits? Sa négligence n'engage-t-elle pas sa responsabilité? Cette responsabilité n'est-elle pas une base suffisante pour l'hypothèque? Ne faut-il pas conclure que l'hypothèque de ce chef date du jour de l'acceptation même dans le cas de donation conditionnelle? Seulement elle garantira moins la restitution des sommes dotales que la conservation du droit de la femme jusqu'à l'accomplissement de la condition (1).

1482. Le caractère particulier de la donation de biens à venir ne permet guère de lui appliquer la même règle. Le donataire acquiert un droit éventuel de succession; d'un autre côté, il est même douteux qu'il soit autorisé à prendre les mesures conservatoires de son droit (2). Si l'on refuse au donataire de biens à venir le droit de prendre, du vivant du donateur, des mesures conservatoires, l'hypothèque légale ne peut dater, pour les donations de biens à venir faites par un tiers à la femme dans son contrat de mariage, que du jour du décès du donateur. C'est un droit héréditaire qui a fait l'objet de la donation; c'est au jour du décès et sans rétroactivité que s'opère la transmission de la propriété; c'est à cette date que le mari acquiert sur les biens le pouvoir d'administration, fondement de l'hypothèque; c'est par cette date que se déterminera le rang de cette hypothèque. Si au contraire on reconnaît au donataire de biens à venir le droit de prendre des mesures conservatoires, le mari administrateur du patrimoine

p. 343; Pont, II, 754 et 757; Aubry et Rau, § 264 *ter,* texte et note 67, III, 4e éd. p. 241, 5e éd. p. 404; Guillouard, II, 841. — Cpr. Surville, II, 672, qui fixe le rang de l'hypothèque au jour où le mari est responsable des valeurs comprises dans la donation.

(1) C'est avec cette précision qu'il faut accepter l'opinion émise par de Loynes sur Tessier, *Soc. d'acquêts,* n. 8, note 38.

(2) Cpr. Demolombe, *Donat.*, VI, 323; Aubry et Rau, § 739, texte et note 64, 4e éd., VIII, p. 80; Laurent, XV, 228. — Civ. cass., 2 mai 1855, D., 55. 1. 193, S., 56. 1. 178. — Req., 22 janv. 1873, D., 73. 1. 473, S., 73. 1. 57.

de la femme sera tenu d'y pourvoir; l'action en responsabilité qui serait la sanction de sa négligence, bénéficierait de l'hypothèque légale à la date de la perfection de la donation. Mais cette hypothèque ne garantirait que le montant des dommages-intérêts alloués à la femme ; elle ne garantirait le capital des sommes recueillies au décès du donateur qu'à la date de ce décès (1).

La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer ces principes dans des circonstances délicates. Une donation avait été faite par un tiers à une femme dans son contrat de mariage d'une somme à prendre sur les deniers les plus clairs et les plus apparents de sa succession. Le droit de la femme ne devait donc s'exercer qu'au décès du donateur, mais celui-ci versa de son vivant cette somme entre les mains du mari. La femme acquérait ainsi une créance contre son mari. Cette créance était garantie par l'hypothèque légale. La Cour de cassation a décidé qu'elle prenait rang du jour du paiement reçu par le mari (2). Cette solution est grave, car le paiement a été effectué contrairement aux clauses du contrat de mariage et sans que les tiers aient pu être avertis de la nouvelle charge qui pesait sur les biens du mari. La question se rattache ainsi à la théorie de l'immutabilité des conventions matrimoniales, quoi qu'en dise l'arrêt de la cour suprême. Nous n'avons pas à la discuter.

1483. Avec les obligations contractées par la femme conjointement ou solidairement avec son mari, nous arrivons au second terme de la distinction faite par les auteurs du code, aux créances qui doivent leur naissance à une manifestation nouvelle de la volonté de la femme.

L'hypothèque légale, qui garantit alors le paiement de l'indemnité à laquelle la femme a droit, prend rang à dater du jour de l'obligation (3). C'est du jour de l'obligation que la femme est tenue. Si le tiers la poursuit, elle a un recours

(1) Beudant, II, 733.

(2) Civ. cass., 28 janv. 1879, D., 79. 1. 83, S., 79. 1. 214. — *Sic* Huc, XIII, 262.

(3) Il en est ainsi pour la femme mariée sous le régime dotal, alors même qu'en vertu du contrat de mariage l'obligation par elle contractée aurait engagé ses biens dotaux. Poitiers, 26 déc. 1901, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1902, 1er sem. 2. 322.

contre son mari. L'existence de ce recours ne dépend plus de sa volonté, mais de l'exercice que le tiers fera de son droit. Le rang de l'hypothèque se trouve ainsi déterminé. Admettre la rétroactivité à une époque antérieure serait faciliter les fraudes que les rédacteurs du code ont voulu prévenir, que nous avons déjà signalées et sur lesquelles nous allons revenir.

Il en serait de même dans le cas où la femme aurait cautionné une dette de son mari.

1484. L'application de cette règle est sans difficulté, si l'obligation est constatée par un acte authentique ; il fait foi de sa date à l'égard de tous, donc à l'égard des créanciers du mari. Le rang de l'hypothèque se trouve ainsi déterminé. Mais si l'obligation est constatée par un acte sous seing privé, l'hypothèque ne prendra rang qu'à compter du jour où cet acte aura acquis date certaine. En effet, ceux auxquels la femme oppose son hypothèque légale sont des tiers ; l'acte sous signature privée qui constate l'obligation ne fait pas foi de sa date à l'égard des tiers, si cette date n'est pas devenue certaine par l'un des modes indiqués en l'art. **1328** ; il ne peut donc pas servir à déterminer le rang de l'hypothèque. La solution contraire, adoptée par quelques auteurs, favorise une fraude bien facile à commettre pour les époux et qui consiste à antidater l'acte constatant l'obligation pour donner à la femme un rang d'hypothèque plus avantageux [1].

On objecte cependant le silence de l'art. **2135** sur ce point.

[1] Persil, I, sur l'art. 2135, § 2, VII ; Bellot des Minières, *Cont. de mar.*, I, p. 343 ; Pont, II, 761 ; Demolombe, *Rev. crit.*, 1851, I, p. 527, et *Contrats*, VI, 554 s. ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 70, III, 4e éd. p. 241, 5e éd. p. 405 ; Potel, *De l'hyp. lég. de la femme mariée*, p. 250 s. ; Larombière, *Des oblig.*, sur l'art. 1328, n. 33 et 34 ; Bonnier, *Des preuves*, 697 ; Guillouard, II, 847 ; Huc, XIII, 263 ; Beudant, II, 730 ; Planiol, II, 3130 ; Surville, II, 672. — Civ. cass., 5 fév. 1851, D., 51. 1. 14, S., 51. 1. 192 et sur renvoi Rouen, 24 mars 1852, D., 53. 2. 143, S., 52. 2. 535. — Agen, 21 mars 1851, D., 51. 2. 150, S., 52. 2. 224. — Rennes, 21 août 1851, D., 54. 5. 425. — Douai, 29 janv. 1857, D., 57. 2. 113 et sur pourvoi Civ. cass., 15 mars 1859 (motifs), D., 59. 1. 105, S., 59. 1. 193. — Agen, 10 juin 1859, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 489, S., 59. 2. 341. — Req., 13 août 1870, D., 70. 1. 126. — Bordeaux, 1er mars 1887, D., 88. 2. 96, S., 89. 2. 131. — *Contra* Troplong, II, 593 ; Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-V. — Paris, 21 juill. 1847, S., 47. 2. 243. — Orléans, 24 mai 1848, D., 48. 2. 185, S., 50. 2. 146. — Amiens, 26 mars 1860, D. (avec Civ. rej., 19 fév. 1862), 62. 1. 127, S., 60. 2. 124.

On dit que, d'après le projet primitif, l'hypothèque datait dans tous les cas du jour de la célébration du mariage, que l'abandon de cette disposition a été une concession et qu'elle n'a pas été très large. On ajoute que le législateur a voulu dispenser la femme de toute formalité et qu'il serait illogique de lui imposer l'enregistrement de l'obligation pour donner date certaine à l'acte sous seing privé.

Nous ne pouvons cependant accepter cette opinion. Aucune induction ne peut être tirée du silence de l'art. 2135. Il en résulte bien que la preuve du droit de la femme et de la date à laquelle il est né reste régie par les principes généraux, mais nous ne voyons aucun motif pour en déduire une dérogation aux principes généraux écrits dans l'art. 1328. Qu'importe après cela que dans le système du projet l'hypothèque légale eût une date unique ; cette théorie a été abandonnée et on l'a remplacée par une double règle, l'une relative aux créances nées du contrat de mariage, l'autre relative aux droits que la femme peut acquérir contre son mari par l'effet d'une manifestation ultérieure de sa volonté. Le législateur a bien dispensé la femme de la formalité de l'inscription, même dans cette seconde hypothèse. Mais c'est le seul bénéfice que la loi lui accorde ; lui concéder une nouvelle faveur, décider que l'acte sous seing privé qui constate son engagement fera par lui seul foi de sa date à l'égard des autres créanciers, même hypothécaires, du mari, c'est outrepasser les termes de la loi et ajouter une nouvelle faveur à celle qui lui est déjà faite. C'est d'autant moins admissible qu'on facilite ainsi les fraudes et que le législateur a voulu les prévenir.

Cependant si ces créances de la femme avaient été admises au passif de la faillite de ce dernier, les créanciers chirographaires du mari ne pourraient pas contester à la femme le droit d'exercer son hypothèque légale, parce que l'acte sous seing privé qui les constate n'aurait pas acquis date certaine par l'une des circonstances indiquées dans l'art. 1328. Il serait en effet établi à leur encontre que ces créances étaient antérieures à l'ouverture de la faillite [1].

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Guillouard, II, 845 ; Huc, XIII, 263. — Civ. cass.,

1484 I. Si la femme invoque, pour justifier de son droit, un commencement de preuve par écrit résultant d'un acte ayant date certaine, elle sera bien admise à compléter par témoins la preuve de l'existence de son droit; mais il nous semble impossible de l'autoriser à établir par ce moyen que sa créance remonte à une date antérieure à celle du commencement de preuve par écrit. La preuve testimoniale ne peut servir alors qu'à compléter une preuve déjà commencée. Elle ne peut donc pas être employée pour donner à la créance une date antérieure que l'acte invoqué ne prouve pas et ne rend même pas vraisemblable [1].

1485. Enfin la loi prévoit le cas où des propres de la femme ont été aliénés pendant le mariage à titre onéreux, ou même à titre gratuit mais dans un cas où il y a lieu à récompense. Cette aliénation ne peut régulièrement être faite que du consentement de la femme. C'est pourquoi l'art. 2135 décide que l'hypothèque légale qui garantit ce remploi ne prend rang que du jour de la vente. Il s'agit du remploi légal, autrement dit de la récompense ou indemnité due à la femme pour le prix de ses propres aliénés. La loi veut dire que l'hypothèque légale, qui garantit au profit de la femme la reprise du prix de ses propres aliénés, ne prend rang qu'à compter de la vente ou de la date de l'aliénation.

La loi ne tient pas compte de l'époque à laquelle le mari aurait touché le prix. Ce n'est pas en effet par le paiement seulement que la femme devient créancière de son mari. Dès le jour où elle consent à l'aliénation de son propre, elle acquiert une créance éventuelle contre son mari; celui-ci a, en sa qualité d'administrateur et en vertu des pouvoirs qu'elle lui confère, le droit de recevoir le paiement des sommes dues; il ne dépend plus de la volonté de la femme de devenir ou de ne pas devenir créancière de son mari; sa créance est née, éventuellement au moins, par le fait seul de l'aliéna-

19 mars 1859, D., 59. 1. 105, S., 59. 1. 193. — Amiens, 26 mars 1860, D. (avec Civ. rej., 19 fév. 1862), 62. 1. 127, S., 60. 2. 124. — Civ. rej., 19 fév. 1862, D., 62. 1. 127, S., 62. 1. 382. — Cpr. Req., 13 août 1868, D., 70. 1. 126, S., 69. 1. 348.

[1] Planiol, *Note* dans D., 94. 1. 57; G. Appert, *Note* dans S., 94. 1. 281; Guillouard, II, 848. — *Contra* Req., 1er mai 1893, D., 94. 1. 57, S., 94. 1. 281.

tion. Son hypothèque légale prend rang à la même date [1].

1486. Une difficulté particulière se présente lorsque la vente a été consentie par le mari seul et que la femme ratifie ultérieurement l'opération. De quelle époque datera l'hypothèque légale, du jour de la vente ou du jour de la ratification? La question peut être fort intéressante si, dans l'intervalle des deux actes, le mari a constitué des hypothèques sur ses immeubles. Nous pensons que l'hypothèque légale de la femme ne datera que du jour de la ratification. En effet, l'art. 2135 décide que l'hypothèque légale pour le remploi des propres aliénés ne prend rang que du jour de la vente. Or jusqu'à la ratification il n'y a pas vente. La vente en effet est un contrat qui, par sa nature, transfère la propriété. Cette translation de propriété s'opère par le consentement du vendeur et de l'acheteur. Il faut donc que le propriétaire ait concouru à la convention ou y ait été représenté. Par conséquent, l'acte émané du mari seul n'a pas pu enlever à la femme le droit de propriété qui lui appartenait et en investir l'acheteur. La vente n'est pas parfaite, pour employer les expressions de l'art. 1583; la femme peut refuser son approbation et empêcher par sa seule volonté sa créance de remploi de prendre naissance. Donc l'hypothèque n'existe pas encore; elle n'apparaîtra que le jour où la femme, ayant transmis son droit de propriété, deviendra créancière du remploi contre son mari, c'est-à-dire du jour de la ratification.

On peut cependant objecter que la ratification équivaut à mandat, *Ratihabitio mandato æquiparatur*, que la femme est censée avoir été partie à l'acte de vente et que par suite la date de son hypothèque se trouve ainsi déterminée [2].

Une pareille solution serait en opposition avec les principes généraux et avec la volonté certaine des auteurs de l'art. 2135. Si, en règle générale, la ratification rétroagit, c'est sous la réserve des droits acquis à des tiers; la ratification de la femme ne doit donc pas avoir pour résultat d'enlever à des créanciers hypothécaires le rang qu'ils ont acquis. D'un autre

[1] Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 68, III, 4e éd. p. 241, 5e éd. p. 404.
[2] Paris, 18 juin 1863, D., 64. 5. 208, S., 64. 2. 208.

côté, les rédacteurs du code n'ont pas voulu reconnaître à la femme le droit d'acquérir par sa volonté une hypothèque, dont la rétroactivité enlèverait aux créanciers du mari la garantie sous la foi de laquelle ils ont traité. C'est pourquoi nous croyons que l'hypothèque ne date alors que du jour de la ratification (1).

1487. Il y a lieu du reste de faire application des principes que nous avons déjà exposés en parlant des obligations contractées par la femme conjointement ou solidairement avec son mari. La date de l'hypothèque est déterminée par la date de l'acte authentique qui constate la vente ; si la vente est constatée par un acte sous seing privé, l'hypothèque légale de la femme ne prendra rang que du jour où cet acte aura acquis date certaine. En effet, ceux contre lesquels la femme se prévaut de son hypothèque légale sont des tiers, et ils peuvent invoquer l'art. **1328**.

Mais il n'est pas nécessaire que les quittances du mari, constatant le paiement du prix, aient également reçu date certaine. En effet, la femme, justifiant que son propre a été aliéné à telle date, a droit ou à la créance du prix s'il n'a pas été touché, ou à la récompense de ce prix avec hypothèque légale à dater du jour de l'aliénation (2).

1487 I. Un auteur (3) enseigne que la jurisprudence apporte à cette règle une dérogation commune à tous les régimes, « quand le contrat de mariage contient une clause de rem- » ploi, en d'autres termes, quand le remploi est obligatoire ; » la femme à défaut de remploi, vient comme créancière, non » à l'époque de la vente, mais à la date du mariage (4).

» Cette opinion est soutenable. En effet, dans ce cas, la » femme ne vient pas précisément comme créancière du prix » de son propre aliéné, mais plutôt comme créancière à rai- » son d'une faute personnelle du mari. A tout le moins, elle

(1) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 69, III, 4e éd. p. 241, 5e éd. p. 405 ; Guillouard, II, 846 ; Huc, XIII, 264. — Req., 6 juill. 1831, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1230, S., 31. 1. 307.

(2) Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 70 *in fine*, III, 5e éd. p. 405 ; Surville, II, 672. — Civ. cass. (rejet sur ce point), 22 nov. 1886, D., 87. 1. 113, S., 89. 1. 465.

(3) Beudant, II, 729-1°.

(4) Civ. rej. sur ce point, 16 mai 1865, D., 65. 1. 265, S., 65. 1. 345.

» a deux titres pour agir. Dès lors, elle agit en responsabilité » contre le mari à raison de l'inexécution des conventions » matrimoniales. Par conséquent, elle se trouve dans l'hypo- » thèse du premier alinéa de l'art. 2135-2° et non dans celle » de l'alinéa 3 ».

L'arrêt sur lequel on appuie cette thèse a été rendu dans une espèce où les époux avaient adopté le régime dotal et où le mari avait, en vertu du contrat de mariage, le droit d'aliéner l'immeuble dotal, seul et sans le consentement de la femme. Cette décision n'a donc pas la généralité qu'on lui prête.

Vraie sous le régime dotal [1], elle ne peut pas être étendue aux autres régimes matrimoniaux, spécialement au régime de la communauté. L'obligation que la clause de remploi impose au mari n'existe que s'il y a eu aliénation et l'aliénation ne peut résulter que d'un consentement donné depuis la célébration du mariage. Aussi la règle édictée par le 3e al. de l'art. 2135 est-elle générale et s'applique-t-elle dans tous les cas, que le remploi soit facultatif ou obligatoire.

1488. Si l'interprétation que nous avons proposée de l'art. 2135 est exacte, si elle n'est que la traduction fidèle de la volonté du législateur, il nous sera facile de déterminer le rang de l'hypothèque qui appartient à la femme mariée sous le régime dotal pour obtenir la restitution du prix de ses immeubles dotaux aliénés pendant le mariage. Elle datera, en principe, du jour de l'aliénation.

En effet cette créance est née depuis la célébration du mariage par l'effet d'une manifestation nouvelle de la volonté de la femme. Celle-ci pouvait, par sa seule volonté, l'empêcher de naître. Si elle est devenue créancière de son mari, c'est qu'elle l'a voulu. D'après le contrat de mariage, elle avait droit à la restitution en nature de ses immeubles dotaux, dont l'inaliénabilité assurait la conservation. Si son droit se transforme en une créance de somme d'argent, c'est parce qu'elle l'a voulu et qu'elle a consenti à l'aliénation. Donc sa créance résulte non du contrat de mariage mais d'une mani-

[1] *Infra*, II, 1490.

festation postérieure de sa volonté ; elle ne prend naissance qu'au moment où se produit cette manifestation et l'hypothèque, qui ne saurait exister avant la créance qu'elle garantit, date du même moment.

On prétend cependant que cette transformation d'un droit de propriété en un droit de créance n'est qu'un acte de la gestion du mari et que, cette gestion commençant avec le mariage, l'hypothèque doit prendre rang à la même date. Mais l'inexactitude de ce raisonnement est évidente. La gestion dont le mari est investi n'est qu'une administration. Malgré leur étendue, ses pouvoirs ne vont pas jusqu'à lui permettre de disposer; le mari n'est plus, en principe, propriétaire des immeubles dotaux; il n'a même pas mandat de les aliéner; le consentement de la femme est indispensable et encore ne met-il pas la vente à l'abri de l'action en nullité, si elle a été consentie en dehors des cas où l'aliénation de l'immeuble dotal est autorisée. Par conséquent, la transformation du droit de la femme, si elle s'opère en vertu du contrat de mariage, n'est pas une conséquence directe de ses clauses; elle a lieu en vertu de la volonté de la femme; elle s'opère par suite d'un événement postérieur à la célébration du mariage; l'hypothèque, qui est la suite de cette transformation, ne saurait rétroagir à une date antérieure.

La solution contraire compromet le crédit du mari et ouvre la porte aux fraudes que le législateur a voulu prévenir. Elle compromet le crédit du mari, car qui consentira à traiter avec lui? Il veut vendre un de ses immeubles. L'acquéreur entend devenir propriétaire. De quelles garanties jouira-t-il ? L'immeuble n'est grevé d'aucune hypothèque, si ce n'est l'hypothèque légale de la femme. Mais les époux sont mariés sous le régime dotal; la femme ne peut pas renoncer à son hypothèque légale. L'acheteur s'enquiert des créances que la femme peut avoir contre son mari. Il constate que la dot est purement immobilière. Il traite. Plus tard la femme vend un de ses immeubles dotaux; le mari en touche le prix, le dissipe et devient insolvable. La femme aura le droit de poursuivre l'acheteur du mari. Il est vrai que celui-ci avait la ressource de la purge. Mais est-ce bien se conformer à la volonté

du législateur que de multiplier ces procédures ? Dans tous les cas, cette ressource fait défaut aux créanciers qui stipuleraient une hypothèque du mari. Dans les mêmes conditions, ils seront exposés à se voir ravir le gage sur lequel ils avaient compté, sans lequel ils n'auraient pas consenti à traiter. N'avions-nous pas raison de dire que l'opinion contraire compromet et compromet irrémédiablement le crédit du mari ?

Nous avons ajouté qu'elle ouvrait la porte aux fraudes que le législateur a voulu prévenir. Voici un mari qui n'a plus de crédit ; il n'a plus de crédit personnel, il n'inspire pas confiance ; il n'a plus de crédit hypothécaire, ses immeubles sont grevés pour leur valeur. Il veut se procurer des fonds ; il demande à sa femme d'aliéner un de ses immeubles dotaux ; celle-ci accède à sa proposition ; elle peut le faire sans danger si l'on n'accepte pas notre solution ; car elle acquiert ainsi une hypothèque légale qui, datant du jour du mariage, lui permettra d'être payée de préférence aux créanciers hypothécaires inscrits depuis cette date mais avant l'acte d'aliénation, et d'agir contre les tiers qui auraient acquis dans cet intervalle de temps des immeubles du mari. Une telle conséquence blesse l'équité et nous pouvons répéter avec le tribunat : « Il est odieux que la femme, en s'obligeant ou en ven- » dant postérieurement, puisse primer des créanciers ou des » acquéreurs qui ont contracté auparavant avec le mari. » C'était là une source de fraudes qu'il est enfin temps de » faire disparaître ».

La réforme proposée dans ce but par le tribunat et acceptée par le législateur consistait à répudier la jurisprudence du parlement de Paris et à consacrer les règles suivies en Bretagne et en Normandie. Or, en Normandie, le régime de droit commun, c'était un régime dotal, et si l'opinion contraire était exacte, la règle nouvelle ne serait pas applicable au régime dotal [1] !

[1] Duranton, XX, 31 ; Massé, *Note* dans S., 54. 1. 11 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 165, § 796, note 22 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 74, III, 4e éd. p. 242, 5e éd. p. 407-408 ; de Loynes sur Tessier, *Société d'acquêts*, 2e éd., p. 32 et 33, n. 8, note 39 ; Thézard, 227 ; Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-VI ; Beudant, II, 729 ; Planiol, II, 3126 ; Surville, II, 672. — Caen, 7 juil. 1851, D., 52.

1489. La jurisprudence (1) cependant se prononce en faveur de l'opinion qui fait remonter à la date du mariage l'hypothèque légale de la femme dotale à raison de l'aliénation de ses immeubles dotaux, et des auteurs considérables se prononcent dans le même sens (2). Cette théorie nous paraît cependant appeler une réserve toute naturelle. Si la femme s'était constitué en dot tous ses biens présents et à venir, et si l'aliénation avait eu pour objet des immeubles advenus par succession ou donation, l'hypothèque ne pourrait dater que du jour de l'ouverture de la succession ou du jour auquel les donations auraient eu leur effet.

A l'appui de cette solution, on dit que les biens dotaux font partie de la dot de la femme, et qu'aux termes de l'art. 2135-2° al. 1, l'hypothèque légale qui garantit la restitution de la dot date du jour du mariage; donc c'est à cette époque que doit prendre rang l'hypothèque légale destinée à garantir la reprise du prix des immeubles dotaux aliénés.

Est-ce bien exact? Les propres de la femme mariée en communauté ou sous le régime de non-communauté, ne font-ils pas aussi partie de sa dot? Cependant, s'ils ont été aliénés, la femme n'a d'hypothèque pour la reprise du prix que du jour de l'aliénation : la règle qui fait dater du jour du mariage l'hypothèque garantissant la restitution de la dot ne reçoit pas d'application.

Pourquoi n'en serait-il pas de même pour la femme dotale? Serait-ce parce que la loi parle de *propres* aliénés, expression que l'on oppose à celle de *conquêts*, et qui suppose par conséquent que la femme est mariée sous un régime où ses

2. 243, S., 52. 2. 92. — Agen, 10 juin 1859, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 489, S., 59. 2. 341. — Caen, 29 nov. 1872, D., 74. 2. 107, S., 73. 2. 134. — Trib. civ. Orange, 17 fév. 1891, D., 92. 2. 612.

(1) Toulouse, 12 juin 1860, D., 61. 2. 35, S., 60. 2. 545. — Civ. rej., 16 mai 1865, D., 65. 1. 265, S., 65. 1. 345. — Riom, 16 juin 1877, D., 78. 2. 150, S., 78. 2. 295. — Nîmes, 28 janv. 1879, D., 80. 2. 127, S., 79. 2. 264. — Toulouse, 18 nov. 1889, D., 90. 2. 199. — Civ. cass., 10 fév. 1892, D., 92. 1. 118, S., 92. 1. 181. — Pau, 31 mai 1893, D., 95. 2. 10. — Civ. cass., 17 mars 1896, D., 97. 1. 443, S., 97. 1. 15. — Grenoble, 29 nov. 1902, D., 03. 5. 417-418, S., 03. 2. 62.

(2) Tessier, *De la dot*, II, p. 305, n. 134-2°; Benech, *De l'emploi et du remploi*, 111; Troplong, II, 589 *bis*; Pont, II, 767 s. et *Rev. crit.*, 1852, II, p. 386; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, III, 1968; Guillouard, II, 853-854; Huc, XIII, 265.

biens tantôt demeurent propres et tantôt deviennent conquêts, c'est-à-dire sous un régime de communauté, et non sous le régime dotal où tous ses biens lui sont propres ?

Avec cette interprétation, ce ne serait pas seulement à la femme dotale qu'il faudrait déclarer notre disposition inapplicable, mais d'une manière générale à toute femme mariée sous un régime autre que celui de la communauté; car la communauté est le seul régime sous lequel tous les biens de la femme ne lui soient pas propres ; or cette interprétation ne saurait être admise et n'est acceptée par personne. Puis on se demande quelle autre expression le législateur aurait pu employer : l'expression *biens personnels* aurait donné lieu à la même objection, et celle de *biens de la femme* aurait été trop compréhensive, puisqu'elle aurait embrassé même les biens de la femme qui tombent dans la communauté. Il est du reste peu probable que les rédacteurs du code aient employé cette expression de *propres* dans le sens très étroit qu'on prétend lui donner; car si Treilhard dans l'exposé des motifs emploie la formule même de l'art. 2135, Grenier, parlant au nom du tribunat sur la demande duquel le texte a été modifié, après avoir prévu le cas où une femme s'est constitué en dot ses biens présents et à venir et rappelé que, pour les sommes provenant de successions, l'hypothèque ne datera que du jour de leur ouverture, ajoute que pour le remploi de ses *biens immeubles aliénés pendant le mariage* la femme n'aura d'hypothèque que du jour de la vente. Ne faut-il pas en conclure que la disposition de la loi comprend dans sa généralité tous les cas où la femme consent pendant le mariage à la vente d'un immeuble demeuré sa propriété, que cet immeuble soit un immeuble propre sous un régime de communauté ou un immeuble dotal sous le régime dotal.

On invoque un second argument. L'aliénation d'un immeuble dotal inaliénable en vertu du contrat de mariage est une violation de ce contrat. Par conséquent c'est dans le contrat de mariage que le droit de la femme trouve son origine; sa créance contre son mari résulte de cet acte; l'hypothèque qui la garantit prend rang du même jour.

Si cet argument que nous empruntons à l'arrêt de la cour de cassation du 10 février 1892 est exact, il faudra en conclure que l'hypothèque ne rétroagira pas lorsque l'aliénation aura été permise par le contrat de mariage sans condition. Un arrêt cependant a admis dans ce cas la rétroactivité de l'hypothèque (1). Mais sa décision est extrêmement critiquable. La situation des immeubles dotaux est alors au point de vue de l'aliénation, identique à celle des propres de la femme sous le régime de la communauté. La vente qui en est consentie par les deux époux n'est pas une violation du contrat de mariage; la créance de la femme a sa cause non dans le contrat de mariage, mais dans l'aliénation à laquelle elle a accédé. Il est donc impossible de faire rétroagir l'hypothèque.

L'argument est-il exact dans ses déductions? Nous ne le croyons pas. Il est certain que l'aliénation de l'immeuble dotal, lorsqu'elle n'est pas permise par le contrat et qu'elle a lieu en dehors des cas prévus par la loi, est une violation du contrat de mariage; mais cette violation a été commise par les deux époux; on ne voit pas comment la femme peut se faire, de la faute à laquelle elle a participé, une arme contre les tiers. Elle pouvait s'opposer à cet acte, y refuser son consentement; elle ne l'a pas fait et sa conduite répréhensible deviendrait pour elle la source d'un droit, porterait préjudice aux tiers. C'est impossible. Comment! la loi a voulu protéger les tiers contre les actes réguliers de la femme commune, et sa protection leur ferait défaut lorsque l'acte est irrégulier, parce que la femme serait mariée sous le régime dotal! Il nous est impossible de prêter au législateur une pareille inconséquence.

Mais alors, dit-on (2), la dot immobilière serait sauvegardée d'une manière moins efficace que la dot mobilière. La restitution de celle-ci est garantie par une hypothèque datant du jour de la célébration du mariage; il en est ainsi lorsque le mari est devenu propriétaire des meubles constitués en dot; il en est ainsi lorsque les meubles dotaux, bien que la femme

(1) Riom, 16 juin 1877, cité *supra*.
(2) Nîmes, 28 janv. 1879, cité *supra*.

en ait conservé la propriété, consistent en meubles corporels ou en titres au porteur à cause de l'application de l'art. 2279; il en est ainsi enfin pour les meubles incorporels dotaux, si on reconnaît le droit au mari d'en disposer librement; et l'hypothèque qui garantirait la restitution du prix des immeubles dotaux aliénés, contrairement aux clauses du contrat de mariage, ne daterait que du jour des aliénations. La garantie serait moins efficace pour les biens dont la conservation préoccupe spécialement le législateur. Peut-on accepter une pareille contradiction?

L'objection serait fondée, si l'hypothèque légale était alors la seule garantie de la femme. Mais il ne faut pas oublier que l'aliénation consentie contrairement aux stipulations du contrat de mariage est entachée de nullité. Le régime dotal est un régime de conservation, non un régime de transformation. La loi accorde à la femme une action en nullité contre les aliénations qui contreviennent à la règle de l'inaliénabilité. Cela suffit pour atteindre le but que les parties se proposent et que la loi autorise à poursuivre. Donner à la femme une garantie qui facilite les transformations de la dot, n'est-ce pas aller en quelque sorte contre la volonté certaine du législateur, qui interdit la dénaturation de la dot (art. 1553)?

Tels sont les motifs qui nous portent à fixer, en principe, le rang de l'hypothèque légale dans notre hypothèse par la date des aliénations, et à appliquer aux immeubles dotaux la même règle qu'aux propres de la femme sous le régime de la communauté ou sous le régime sans communauté.

Nous déciderons donc notamment que l'hypothèque légale de la femme mariée sous le régime dotal prend rang à la date de l'aliénation des immeubles dotaux :

1° Lorsque l'aliénation n'était pas permise par le contrat de mariage et qu'elle a eu lieu en dehors des cas où la loi l'autorise [1];

2° Lorsque l'aliénation était permise par le contrat de mariage soit purement et simplement, soit à charge de rem-

[1] V. aussi en ce sens, outre les autorités citées sur la question de principe, Pont, II, 770; Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, III, 1969.

ploi, et qu'elle a été faite par le mari du consentement de sa femme.

1490. Cependant pour être conséquents avec notre principe, nous admettrons une exception dans le cas où la femme aura, par son contrat de mariage, conféré à son mari le pouvoir de vendre ses immeubles dotaux seul et sans son consentement, mais à charge de remploi. Dans cette hypothèse, la femme aura certainement la faculté de poursuivre la nullité de l'aliénation, si la condition du remploi n'a pas été remplie, mais elle pourra aussi, si elle le préfère, réclamer la restitution du prix touché par son mari. Cette créance est garantie par l'hypothèque légale. Cette hypothèque date du jour du mariage. Car ce n'est pas à la suite d'une manifestation ultérieure de sa volonté que la femme est devenue créancière de son mari. Elle avait abdiqué entre les mains de celui-ci. Il pouvait aliéner seul et sans le concours de sa femme, à l'époque et sous les conditions qu'il lui plairait choisir ou stipuler, mais à charge de remploi. Le droit de la femme résulte directement du contrat de mariage, c'est à ce moment qu'elle a acquis une créance éventuelle contre son mari pour le cas où, usant du pouvoir conféré par le contrat de mariage, il ne remplirait pas la condition imposée ; c'est de ce jour que datera son hypothèque (1). C'est, dans notre opinion, une application pure et simple des règles que le code consacre.

1491. Le rang de l'hypothèque légale qui garantit le paiement des dommages-intérêts dus par le mari à raison des fautes qu'il aurait commises dans l'administration des biens dotaux est facile à déterminer à l'aide des règles que nous avons admises. Alors même que le législateur n'aurait pas prévu la stipulation du régime dotal quoique les travaux préparatoires démontrent le contraire (2), il n'est pas douteux qu'elle date en principe du jour du mariage. C'est dans le

(1) Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 77, III, 4e éd. p. 244, 5e éd. p. 409; de Loynes sur Tessier, *Soc. d'acq.*, 2e édit., n. 8, note 39; Thézard, 227. — Req., 27 juillet 1826, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 902, S., 27. 1. 246. — Grenoble, 6 janv. 1831, *J. G.*, v° *Disp. entre vifs*, 1434, S., 32. 2. 200. — Grenoble, 14 déc. 1863, *Journ. de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 393. — Civ. rej. (sur ce point), 16 mai 1865, D., 65. 1. 265; D., 65. 1. 345.

(2) V. *supra*, II, 1465, p. 604, l'observation du consul Cambacérès.

contrat de mariage que les pouvoirs du mari trouvent leur origine, c'est au jour du mariage que commence son administration. La femme acquiert donc dès ce moment une créance éventuelle contre son mari. L'hypothèque légale en devient immédiatement l'accessoire et prend rang à cette date.

Toutefois il en serait autrement, si la responsabilité du mari se trouvait engagée par des fautes ou des négligences commises dans la gestion de biens advenus à la femme pendant le mariage à titre de succession ou de donation et compris dans une constitution en dot des biens à venir. L'hypothèque alors ne prendrait rang qu'à l'époque de l'ouverture des successions ou à l'époque où les donations ont eu leur effet. Ce n'est là que l'application de principes déjà connus. Il est inutile d'insister [1].

1492. La loi n'a parlé ni des biens de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens, ni des biens paraphernaux de la femme mariée sous le régime dotal. On s'explique sans peine le silence du législateur. En principe, la femme conserve alors l'administration de ces biens. Le mari demeurant étranger à cette gestion ne saurait encourir aucune responsabilité, et, en l'absence de toute créance, il ne peut être question d'hypothèque légale. Mais s'il en est ainsi en théorie, rien ne s'oppose à ce que le mari gère le patrimoine de sa femme soit en vertu d'un mandat exprès ou tacite, soit malgré son opposition. La loi a prévu ces hypothèses dans les art. 1539, 1577 à 1579. Le mari peut même avoir touché, en vertu d'un mandat, des sommes appartenant à sa femme. Enfin il est, en vertu de l'art. 1450, garant du défaut de remploi du prix des biens de sa femme, lorsque la vente a eu lieu en sa présence et de son consentement ou lorsque, la femme ayant été autorisée de justice, il a concouru au contrat, reçu le prix stipulé ou profité des deniers. Dans ces diverses hypothèses, la femme a une créance contre son mari; cette créance est garantie par l'hypothèque légale, parce que toute créance d'une

[1] Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-IX; Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 73 *in fine*, III, 5e éd. p. 406-407; Planiol, II, 3134.

femme mariée contre son mari est assortie de cette sûreté.

Quel sera le rang de l'hypothèque dans ces cas? L'interprétation que nous avons proposée de l'art. 2135 rend facile la solution de ces questions. Nous avons dit : l'hypothèque légale prend date du jour où le mari se trouve investi des pouvoirs dont l'exercice peut engendrer au profit de la femme un droit de créance sans aucune manifestation nouvelle de la volonté de celle-ci.

Appliquons ce principe aux diverses hypothèses. Lorsque le mari agit en vertu d'un mandat exprès ou tacite, l'hypothèque prend rang du jour où ont commencé les pouvoirs d'administration du mari, par conséquent du jour du mariage s'il a été donné par le contrat de mariage, sinon du jour du mandat (1). Cependant si les biens dont l'administration a été ainsi confiée au mari étaient advenus à la femme par succession ou par donation et si ces événements étaient postérieurs à la date du mandat, l'hypothèque légale, garantie de la responsabilité du mari, ne prendrait rang que du jour de l'ouverture des successions ou du jour où la donation a eu son effet. L'analogie qui existe entre cette hypothèse et celle qui est directement prévue par la loi, et surtout le principe que nous avons dégagé de l'art. 2135 nous déterminent à apporter cette exception au principe. Enfin si le mari avait géré le patrimoine de sa femme sans mandat exprès ou tacite de celle-ci, sa responsabilité ne commencerait que du jour où il aurait pris en mains cette administration; l'hypothèque légale aurait la même date (2).

(1) Pont, II, 772; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, III, 2029; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 78 et 78 *bis*, III, 4e éd. p. 245, 5e éd. p. 410; de Loynes sur Tessier, *Soc. d'acquêts*, 2e éd., n. 8, note 41; Thézard, 228; Guillouard, II, 850; Huc, XIII, 268; Beudant, II, 736; Planiol, II, 3133; Surville, II, 672. — Civ. cass., 4 fév. 1868, D., 68. 1. 57, S., 68. 1. 113. — Cpr. Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-XII et XIII. Cet auteur n'admet cette solution que pour le cas où le mari a agi en vertu d'un mandat exprès. D'après lui, le rang de l'hypothèque serait déterminé par la date des recouvrements lorsque le mandat est tacite et lorsque le mari a agi sans mandat. Nous croyons au contraire que le mandat tacite doit produire les mêmes effets que le mandat exprès. — *Contra* Grenier, I, 232; Troplong, II, 590. Ces auteurs ne font dater l'hypothèque dans tous les cas que du jour des recouvrements. — V. aussi Baudry-Lacantinerie, *Pr. de dr. civ.*, 9e éd., II, 1637.

(2) Beudant, II, 736-3o.

Si le mari s'était borné à recevoir des sommes paraphernales, sans qu'il y eût mandat antérieur, l'hypothèque daterait du jour du paiement [1].

S'il s'agit de dettes contractées par la femme dans l'intérêt de son mari, si, par exemple, elle a cautionné un engagement de celui-ci, l'hypothèque datera du jour de l'obligation [2]. C'est une application pure et simple de la seconde des règles que nous avons trouvées dans l'art. 2135.

Enfin si la responsabilité du mari est engagée à la suite de l'aliénation d'un bien paraphernal de la femme, l'hypothèque prendra rang du jour où s'est produit le fait générateur de l'obligation, suivant les règles que nous avons indiquées [3].

1493. Nous avons vu que les frais auxquels le mari serait condamné sur une demande en séparation de biens, en séparation de corps ou en divorce [4] formée par la femme sont garantis par l'hypothèque légale. Il faut maintenant déterminer le rang de cette hypothèque. La question ne nous paraît pas comporter une solution absolue et nous croyons qu'il est nécessaire de distinguer entre ces diverses hypothèses.

Parlons d'abord des frais de l'instance en séparation de biens. La demande a été formée pour conserver la dot et assurer le recouvrement de tous les droits que la femme pouvait avoir à exercer contre son mari. Il ne se présentera, croyons-nous, aucune difficulté, si les droits de la femme à

[1] Montpellier, 20 juin 1891 et sur pourvoi Req., 1er mai 1893, D., 94. 1. 57 (*Note* de M. Planiol), S., 94. 1. 281. — Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 78 *bis*, III, 4e éd. p. 245, 5e éd. p. 410; de Loynes sur Tessier, *Soc. d'acquêts*, 2e éd., n. 8, note 41; Thézard, 228; Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-XIII; Guillouard, II, 852; Huc, XIII, 268; Surville, II, 672.

[2] Aubry et Rau, § 264 *ter*, III, 4e éd. p. 245, 5e éd. p. 410.

[3] Pont, II, 773; Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, III, 2027; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 79, III, 4e éd. p. 245, 5e éd. p. 410-411; de Loynes sur Tessier, *Soc. d'acquêts*, 2e édit., n. 8, note 42; Thézard, 228; Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-XIV; Guillouard, II, 851; Huc, XIII, 267. — Toulouse, 7 avril 1829, S., 30. 2. 31. — Montpellier, 13 déc. 1833, S., 34. 2. 359. — Civ. cass., 27 avril 1852, D., 52. 1. 162, S., 52. 1. 401 et sur renvoi Paris, 7 mai 1853, D., 54. 5. 426, S., 53. 2. 351. — Trib. civ. Aix, 23 mars 1867 et Aix, 17 août 1867 joints à Civ. cass., 21 avril 1869, D., 69. 1. 407, S., 69. 1. 350 et sur renvoi Grenoble, 23 nov. 1870, D., 71. 2. 173, S., 71. 2. 12.

[4] *Supra*, II, 981 et 996.

raison de leur nature sont garantis par l'hypothèque légale à une date unique. Il est évident que les dépens de l'instance sont l'accessoire de cette créance. Ils participent des avantages qui y sont attachés, *Accessorium sequitur principale.* La femme sera colloquée au même rang pour sa créance contre son mari et pour les frais de l'instance. Il en sera ainsi si la femme n'a pas d'autre créance contre son mari que celle résultant de son apport dotal, si pendant le mariage elle n'a recueilli aucune succession, reçu aucune donation, contracté aucune obligation dans l'intérêt de son mari, ni aliéné aucun de ses propres. Elle sera colloquée à la date de la célébration du mariage pour les dépens de l'instance en séparation de biens. Le même principe s'appliquera si la femme, qui n'avait pas de dot, a recueilli des successions ou reçu des donations, si ses créances contre son mari résultent des obligations par elle contractées dans l'intérêt de celui-ci ou de l'aliénation de ses biens personnels. Elle aura rang de ce chef à la date des successions, donations, obligations ou aliénations.

Mais les difficultés commencent si la femme a plusieurs créances contre son mari, et si l'hypothèque qui garantit ces diverses créances a un rang différent pour chacune d'elles. Il semble difficile d'attribuer un rang unique à la créance des frais de séparation. Ils ont été exposés dans l'intérêt commun de tous ces droits. L'équité paraît commander de les répartir entre les créances de la femme et de les faire participer au rang qui appartient à l'hypothèque pour chacune d'elles (1).

Quelque juste qu'elle paraisse et quelque séduisante qu'elle soit, cette solution nous inspire des doutes. Nous remarquons tout d'abord que la séparation de biens n'a pas pour but unique, n'a même pas pour but principal de permettre à la femme d'obtenir le paiement immédiat de ses créances contre son mari; elle a été organisée pour soustraire le patrimoine de la femme à l'administration du mari.

(1) Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-XV ; Guillouard, II, 855 ; Lepinois, III, 1376. — Cpr. Planiol, II, 2136. — Grenoble, 6 juill. 1882, D., 83. 2. 89, S., 84. 2. 209. — Toulouse, 30 déc. 1891, D., 92. 2. 95. — Rapp. Civ. cass., 4 fév. 1868, D., 68. 1. 57, S., 68. 1. 113. — Civ. cass., 10 fév. 1892, D., 92. 1. 118, S., 92. 1. 181.

Elle n'intéresse donc pas seulement le droit de créance de la femme contre son mari ; elle intéresse tous les capitaux dotaux, les capitaux immobiliers au même titre que les capitaux mobiliers. Si donc il est nécessaire de procéder à une répartition des frais de la demande, cette répartition doit, pour satisfaire pleinement l'équité, s'opérer sur toute la dot sans distinction. Il est inutile d'insister pour en faire ressortir la difficulté. D'un autre côté, cette répartition peut avoir pour résultat de laisser à la charge de la femme une partie des dépens de l'instance, si certaines de ses créances sont primées par d'autres créanciers hypothécaires du mari qui absorbent le prix de ses immeubles. La femme ne recouvrera donc alors qu'une partie des dépens de l'instance. Ce résultat blesse la justice. Car si elle n'avait eu contre son mari qu'une seule créance, celle pour laquelle elle est colloquée au premier rang, elle aurait obtenu en même temps et au même rang le paiement de tous les dépens. On ne voit pas pourquoi la circonstance qu'elle a plusieurs créances contre son mari rendrait sa situation moins favorable. La multiplicité de ces créances n'augmente pas en effet les frais de l'instance. Enfin cette répartition traite en quelque sorte les frais de l'instance en séparation de biens comme l'action en réparation du préjudice causé par la mauvaise administration du mari. Or, tel n'est pas le caractère de la demande en séparation de biens. Elle n'a pas pour but la réparation d'un préjudice déjà souffert; elle est au contraire instituée pour prévenir tout préjudice ultérieur. C'est pourquoi nous serions portés à attribuer à cette créance un rang unique.

Mais comment le déterminer? On a proposé de fixer dans ce cas le rang de l'hypothèque par la date soit de la demande [1], soit du jugement de séparation. Nous ne saurions accepter cette solution [2]. Elle serait exacte s'il s'agissait d'une créance nouvelle de la femme et si cette créance devait sa naissance à une manifestation actuelle de sa volonté. Or il n'en est pas ainsi; la séparation de biens est la sanction des engagements

[1] Chambéry, 1er mai 1874, D. (sous Req., 3 fév. 1875), 75. 1. 486, S., 75. 2. 257.
[2] Civ. cass., 14 fév. 1868, et Civ. cass., 10 fév. 1892, cités *supra*.

pris par le mari dans le contrat de mariage d'administrer le patrimoine de la femme en bon père de famille. La créance des dépens se rattache à cette obligation; elle en est l'accessoire; elle naît par le fait du mari qui n'apporte pas à son administration tous les soins qu'on devait attendre de lui. Elle doit avoir en conséquence le même rang que la créance de la dot ou des conventions matrimoniales (1); d'après ce que nous avons dit, cette collocation aura lieu pour le montant intégral de cette créance. Cependant si la femme n'avait rien apporté en dot, si tous ses droits résultaient de successions échues ou de donations faites pendant le mariage, les frais de l'instance en séparation de biens seraient colloqués à la date de la créance jouissant du rang le plus avantageux (2).

1494. Les frais de la demande en séparation de corps formée par la femme n'ont manifestement pas le même caractère, quoiqu'on ait prétendu le contraire (3). Ils n'ont pas été faits dans le but de conserver la dot. L'objet de la demande est de mettre un terme à l'obligation de cohabiter. La séparation de biens est une conséquence de la séparation de corps, mais elle n'en est qu'une conséquence accessoire et nécessaire; elle n'est pas l'objet de la demande (4).

Dès lors, il est impossible de soutenir que les dépens de l'instance auxquels le mari est condamné envers la femme, sont l'accessoire des créances de celle-ci et doivent être répartis entre elles (5), comme dans le cas de séparation de biens. Il est certain que ces dépens forment une créance unique, dont il faut déterminer le rang.

Or, les principes que nous avons établis nous donnent facilement la solution de ce problème. La créance de la femme a sa cause dans la conduite du mari qui l'a mise dans la nécessité de recourir à la séparation de corps; elle n'a donc pas pour origine une manifestation nouvelle de la volonté de

(1) Labbé, *Note* dans S., 75. 2. 257; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 79 *bis*, III, 5e éd. p. 411; Huc, XIII, 268. — Civ. cass., 10 fév. 1892, cité *supra*.

(2) Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 79 *bis*, III, 5e éd. p. 411. — Cpr. Huc, XIII, 269.

(3) Paris, 28 juillet 1853, D., 55. 2. 64, S., 54. 2. 303.

(4) *Supra*, II, 981.

(5) V. cep. en ce sens Paris, 28 juillet 1853, D., 55. 2. 64, S., 54. 2. 303.

la femme ; l'hypothèque qui la garantit prendra rang du jour de la célébration du mariage. On peut ajouter : Le droit de demander la séparation de corps est la sanction des engagements pris devant l'officier de l'état civil. L'exécution de ces engagements, en tant qu'ils donnent naissance à une créance de somme d'argent, doit être garantie de la même manière que l'exécution des engagements qui résultent du contrat passé devant notaire. Donc l'hypothèque légale prendra rang au jour même de la célébration du mariage (1).

1495. Les mêmes considérations nous déterminent à fixer au jour de la célébration du mariage le rang de l'hypothèque légale qui garantit le paiement des frais de l'instance dans laquelle la femme a fait prononcer le divorce à son profit. Dans notre théorie ces frais sont une créance née en vertu du mariage sans aucune manifestation nouvelle de volonté de la femme. Il n'a pas dépendu de celle-ci de devenir ou de ne pas devenir créancière de son mari ; la conduite de ce dernier l'a obligée de demander le divorce, institué par la loi pour mettre un terme à la violation de ses droits. Du reste, ces frais sont l'accessoire des engagements contractés au moment de la célébration du mariage. L'hypothèque légale, qui garantit cette créance éventuelle, doit prendre rang à la date de cette célébration (2).

Nous ne saurions donc accepter la théorie, que nous rencontrons dans les motifs d'un jugement du tribunal civil de Nontron confirmé sur appel (3), qui fixe le rang de l'hypothèque au premier acte de l'instance en divorce. Le jugement reconnaît que la créance ne naît pas seulement au moment de la condamnation (4), elle a une cause antérieure, le juge croit la

(1) Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-XVI ; Guillouard, II, 856 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 79 *ter*, III, 5e éd. p. 412 ; Huc, XIII, 269 ; Beudant, II, 737 ; Planiol, II, 3137. — Civ. cass., 25 juin 1895, D., 97. 1. 553 (*Note* de M. Léon Michel), S., 95. 1. 348. — Amiens, 9 juillet 1896, S., 98. 2. 68.

(2) Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-XVI ; Guillouard, II, 856 ; Aubry et Rau, § 264 *ter*, texte et note 79 *ter*, III, 5e éd. p. 412 ; Huc, XIII, 269 ; Beudant, II, 737 ; Planiol, II, 3137.

(3) Bordeaux, 22 mars 1889, D., 89. 2. 280, S., 90. 2. 52. La cour d'appel n'a pas statué sur le rang de l'hypothèque dans ce cas.

(4) V. cep. en ce sens Trib. civ. Seine, 28 nov. 1891, cité *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 499, S., 95. 2. 25 à la note.

trouver dans la demande ; n'est-ce pas une erreur ? La demande n'est que l'exercice d'un droit préexistant. Par conséquent, la créance des frais, qui est l'accessoire du jugement de divorce, remonte plus haut dans le passé ; elle se rattache au mariage lui-même par lequel le mari a pris l'engagement de bien traiter sa femme. La créance est donc née au moment même de cette célébration quoique d'une manière éventuelle, elle est indépendante de toute manifestation ultérieure de la volonté de la femme ; le rang de l'hypothèque est ainsi déterminé.

1496. Il nous reste à parler de la pension alimentaire qui serait allouée à la femme séparée de corps, soit par le jugement qui prononce la séparation, soit par un jugement postérieur (art. 212). Nous avons décidé ([1]), que cette pension était garantie par l'hypothèque légale. Quel est le rang de cette hypothèque ?

La solution nous paraît certaine, quelqu'interprétation que l'on donne à l'art. 2135. Dans toutes les opinions, l'hypothèque prendra rang du jour de la célébration du mariage. Si l'on décide que le rang de l'hypothèque légale est déterminé par la date du mariage, à moins d'une exception écrite dans la loi, il suffira d'invoquer le silence de l'art. 2135 pour justifier cette solution. Si l'on décide que l'hypothèque date du jour de la naissance de la créance, la même solution s'impose ; car la créance de la femme a son origine dans le mariage. Si l'on admet qu'elle date du jour où a commencé la responsabilité du mari, on peut dire que, le mari ayant contracté par le mariage l'obligation de subvenir aux dépenses de la femme, sa responsabilité date de la même époque, et par suite l'hypothèque. Si l'on veut résoudre cette question par voie d'analogie, on dira également que les obligations contractées devant l'officier de l'état civil doivent être assorties des mêmes garanties que celles qui résultent du contrat de mariage passé devant le notaire, et que cette créance, comme la créance de la dot, jouit du bénéfice de l'hypothèque à la date du mariage. Enfin dans la théorie que nous avons proposée il est également

([1]) *Supra*, II, 981.

facile de justifier cette solution. La créance de la femme ne résulte pas d'une manifestation de sa volonté postérieure à la célébration du mariage; donc l'hypothèque légale prend rang à la date de cette célébration. Le jugement de condamnation ne crée pas l'obligation, il en liquide le montant le jour où la cessation de la vie commune met un terme à son acquittement en nature par la contribution proportionnelle des deux époux aux charges du ménage. La séparation de corps a seulement changé le mode d'exécution de l'obligation; elle ne modifie pas le droit qui est préexistant et continue de trouver sa cause dans le mariage; le rang de l'hypothèque est ainsi déterminé (1).

On a appliqué la même solution à la pension alimentaire allouée à une femme abandonnée sans ressources par son mari, en vue de subvenir à l'entretien de l'enfant issu du mariage (2).

1497. L'identité de motifs nous porte à appliquer la même solution à l'hypothèque légale qui garantit le paiement de la pension alimentaire allouée en vertu de l'art. **301** à la femme qui a obtenu le divorce. Cette créance est née du mariage, son existence est indépendante de toute manifestation ultérieure de la volonté de la femme; le rang de l'hypothèque se trouve ainsi fixé par la date de la célébration du mariage (3).

1497 I. Une dernière question des plus délicates se présente

(1) Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*-XVI; de Loynes, *Note* dans D., 94. 2. 25; Aubry et Rau, § 264 *ter*, note 79 *quater*, III, 5e éd. p. 412; Guillouard, II, 858; Huc, XIII, 269; Beudant, II, 737; Surville, II, 672. — Cpr. Planiol, II, 2135. — Montpellier, 16 nov. 1889, D., 90. 2. 171, S. (sous Req., 5 janv. 1891), 91. 1. 146. — Dijon, 16 juin 1893, D., 94. 2. 25. — Dijon, 4 juin 1894, D., 94. 2. 334, S., 95. 2. 25 (*Note* de M. Wahl). — Civ. cass., 25 juin 1895, D., 97. 1. 553 (*Note* de M. Léon Michel), S., 95. 1. 348. — Amiens, 9 juillet 1896, S., 98. 2. 68. — Trib. civ. Soissons, 19 juin 1901, D., 02. 2. 352. — *Contra* Trib. civ. Marseille, 23 juill. 1897, *Gaz. des Trib.*, 10 oct. 1897, qui en fixe le rang à la date du jugement de séparation dans une espèce où la pension alimentaire avait été allouée à la femme par le jugement même prononçant la séparation. — Trib. civ. Seine, 28 novembre 1891, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 499, S., 95. 2. 25 à la note. — Trib. civ. Lyon, 8 mai 1901, D., 02. 2. 351. — D'après ces jugements l'hypothèque légale prendrait rang à la date de la condamnation.

(2) Trib. civ. Seine, 1er mars 1904, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1904, 2e sem., 2. 186.

(3) Cpr. de Loynes, *Note* dans D., 94. 2. 25; Beudant, II, 737.

en terminant. Nous l'avons déjà indiquée [1]. Il faut maintenant la résoudre.

Prenons un exemple emprunté à la pratique. Une femme mariée sous un régime de communauté est créancière de la restitution de sa dot. Conjointement avec son mari, elle constitue à un enfant commun une dot dont le montant est acquitté par la communauté. Plus tard elle recueille une succession, reçoit une donation, aliène un de ses propres dont le prix est versé dans la communauté, contracte une obligation et acquiert, de ce chef, une créance contre la communauté. On sait qu'au moment de la liquidation il s'opère une balance entre les récompenses dues à et par la communauté et que la femme n'est, en définitive, créancière ou débitrice que du solde. Si elle est créancière, sa créance, composée d'éléments divers, a été diminuée du montant des récompenses par elle dues. Comment alors fixer le rang de l'hypothèque légale si la femme est en conflit avec des créanciers hypothécaires de son mari dont l'hypothèque est primée par les reprises les plus anciennes mais prime les plus récentes ?

Par un arrêt du 18 novembre 1899 [2], la cour de Dijon a décidé qu'il s'était opéré une sorte de compensation entre la créance de la dot et la dette née de la constitution de dot faite par la femme au profit de l'enfant commun, que l'hypothèque légale, éteinte de ce chef jusqu'à due concurrence, ne pouvait plus, dans cette mesure, être opposée à la date du mariage aux créanciers hypothécaires du mari. A l'appui de cette solution, l'arrêt invoque l'art. 1256.

Nous estimons, au contraire, que l'art. 1256 ne peut pas recevoir d'application. Il prévoit le cas où une personne est tenue envers une autre de plusieurs obligations distinctes. Telle n'est pas la situation du mari. Il n'est débiteur, en vertu d'un compte indivisible, que d'une dette unique : le solde de la balance des récompenses dues à et par la communauté. Ajoutons qu'il n'y a pas eu paiement, comme dans

[1] *Supra*, II, 1466 *in fine*.
[2] S., 99. 2. 121.

l'hypothèse prévue par l'art. 1256. Disons même qu'aucune liquidation ne peut être faite, qu'aucun paiement des reprises ne peut être effectué pendant la durée de la communauté, sauf l'application des règles relatives au remploi. Observons enfin qu'il ne peut pas être question de compensation puisque la créance de la femme n'est pas exigible. Nous concluons que l'art. 1256 ne peut pas être invoqué. Nous remarquerons au surplus que l'opinion consacrée par l'arrêt de la cour de Dijon est de nature à compromettre les droits de la femme que le législateur s'est proposé de sauvegarder. Du reste nos critiques trouvent un autre point d'appui dans les principes généraux. L'art. 1256 est interprétatif de la volonté des parties. Peut-on admettre une interprétation défavorable au créancier quand elle est indifférente au débiteur et ne doit profiter qu'à un tiers, le créancier hypothécaire ?

M. Tissier (1) propose de décider que l'imputation de la récompense due par la femme à la communauté se fera sur la créance la plus récente, parce que tel est l'intérêt de la femme et que la pensée de protection, qui a inspiré le législateur dans l'institution de l'hypothèque légale, doit faire préférer la femme aux créanciers du mari. Tout au moins devrait-on admettre une imputation proportionnelle des sommes dues par la femme à la communauté sur ses différentes créances de reprises.

Ces deux solutions se heurtent aux mêmes objections que l'opinion consacrée par la cour de Dijon. La créance de la femme est une et on raisonne comme si la femme avait plusieurs créances distinctes et indépendantes.

Nous croyons qu'il faut décider, en partant du principe admis par la doctrine et par la jurisprudence, que la femme n'a qu'une créance unique, la créance du solde de la balance des récompenses à elle ou par elle dues à la communauté, que cette créance est garantie par l'hypothèque légale aux dates fixées par l'art. 2135, à la date du mariage jusqu'à concurrence de la dot et des conventions matrimoniales, à la date de l'ouverture des successions et de l'efficacité des

(1) *Note* dans S., *loc. cit.*

donations jusqu'à concurrence des sommes acquises de ces manières, à la date des obligations contractées ou des aliénations consenties pour les droits nés de ces causes. Elle est ainsi dans une situation analogue à celle du constructeur dont la créance n'est privilégiée que jusqu'à concurrence de la plus-value et qui pour le surplus n'est qu'un créancier chirographaire. Les paiements partiels faits par le propriétaire laissent subsister le privilège dans son intégrité [1]. De même, les récompenses dont la femme devient débitrice durant la communauté laissent subsister l'hypothèque légale dans son intégrité à la date de la célébration du mariage. Basée sur l'unité de la créance de la femme, cette solution est conforme à la volonté du législateur qui veut sauvegarder ses droits. Les tiers sont avertis des dangers qu'ils courent dans la mesure où notre loi l'a voulu et il n'y a pas lieu de redouter les fraudes contre lesquelles les modifications apportées au projet sur la proposition du tribunat ont eu pour but de les prémunir.

1498. Observation. La partie finale de l'art. 2135 contient une application du principe de la non rétroactivité des lois (art. 2). Nous ne faisons que la reproduire, parce qu'elle ne présente plus d'intérêt pratique, à raison de son caractère transitoire. « *Dans aucun cas, la disposition du présent article » ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la » publication du présent titre* ».

N° 3. Modifications apportées à l'art. 2135 par la loi sur la transcription.

1499. La dispense d'inscription, accordée aux mineurs, interdits et femmes mariées à raison de leur hypothèque légale, devait rationnellement cesser avec sa cause, c'est-à-dire avec l'incapacité du créancier. C'est ce qu'avait parfaitement compris le rédacteur de l'édit de mars 1673.

En rompant avec les principes de la loi de brumaire, en dispensant de publicité les hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, dont la loi de l'an VII

[1] *Supra*, I, 693.

subordonnait l'efficacité et le rang à la condition d'une inscription, les rédacteurs du code auraient dû s'inspirer des règles de l'édit de 1673. Ils ne l'avaient pas fait, ou du moins, si telle avait été leur intention (ce qui est très douteux), ils avaient omis de l'exprimer; et, comme l'art. 2135 formule la dispense d'inscription dans des termes absolus, on en avait conclu qu'elle devait subsister indéfiniment, par conséquent même après la cessation de sa cause, c'est-à-dire de l'incapacité du créancier ou de son état de dépendance.

La jurisprudence se prononçait en ce sens [1] et le conseil d'Etat confirma cette interprétation par son avis du 8 mai 1812, aux termes duquel « il n'y a pas nécessité de fixer un » délai particulier aux femmes après la mort de leurs maris » et aux mineurs devenus majeurs ou à leurs représentants » pour prendre inscription ». On considérait la dispense d'inscription non pas comme un privilège attaché à la qualité du créancier, mais comme un droit inhérent à la nature de la créance. Cet aperçu est manifestement contraire à la réalité des choses. L'hypothèque légale est, comme nous l'avons déjà dit, une sûreté attachée à la qualité du créancier, et non à la nature ou à la qualité de la créance. C'est ainsi qu'elle se distingue des privilèges [2]. Or la dispense d'inscription est un accessoire ou un complément de l'hypothèque légale accordée à ces incapables. Elle participe donc de sa nature et est en réalité motivée par la qualité ou la condition du créancier. Le changement, que la majorité, la séparation, le divorce, le veuvage apportent dans la condition de la personne, devait logiquement exercer son influence sur la dispense d'inscription. Les rédacteurs du code ne l'avaient pas admis ; le silence de la loi suffit à le prouver. Il aurait fallu déterminer un délai dans lequel l'inscription aurait dû être prise ; le législateur avait seul le droit de le faire ; le conseil d'Etat n'en avait pas le pouvoir.

Cette solution imposée par les textes était sévèrement criti-

[1] Turin, 10 janv. 1812, S., 12. 2. 448. — Nîmes, 5 mai 1812, S., 12. 2. 449. — Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 3, n. 5. — *Contra* Agen, 8 mai 1810, S., 11. 2. 167.

[2] *Supra*, I, 300, et II, 963.

quée. On reprochait justement au législateur d'avoir exagéré la protection due aux incapables et d'avoir sacrifié le crédit public. A la rigueur, on peut admettre que la notoriété suffit pour avertir les tiers de l'existence de la tutelle ou du mariage et par suite de l'existence de l'hypothèque légale. Mais il n'en est plus de même lorsque le mineur est devenu majeur, lorsque la femme est divorcée ou veuve. D'une manière plus générale, la cessation de l'incapacité met un terme à la mission de protection dont le législateur s'est chargé ; elle devrait également mettre un terme à la dispense d'inscription qui n'est qu'un moyen d'accomplir cette mission.

1500. Le législateur profita de l'occasion que lui offrait la loi *sur la transcription en matière hypothécaire* pour faire droit à ces justes critiques. L'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 dispose : « *Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit* » *relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause,* » *n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolu-* » *tion du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothè-* » *que ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions* » *prises ultérieurement* » (1).

La rédaction de cet article laisse beaucoup à désirer ; les controverses, auxquelles il a donné naissance et que nous allons aborder, en sont la preuve éclatante.

Les règles de l'édit de 1673 se rattachaient à une idée très simple. La dispense de publicité se justifiait, aux yeux de l'auteur de l'édit, parce que l'administration des biens de l'incapable appartenait à celui-là même contre lequel l'opposition était dirigée. Le législateur craignait qu'il ne sacrifiât ses devoirs d'administrateur à l'intérêt personnel du propriétaire. En conséquence, la dispense était limitée au temps pendant lequel l'incapable était privé de l'administration de son patrimoine. Ainsi en était-il notamment pour la femme mariée. Dès qu'elle était séparée soit de biens, soit de corps et de biens, elle recouvrait l'administration de son patrimoine ; elle pouvait et devait veiller à la conservation de ses droits. La dispense à elle accordée cessait d'avoir sa

(1) Monaco, *C. civ.*, art. 1978. — Valais, *C. civ.*, art. 1871-1872.

raison d'être. On suivait le droit commun ; l'hypothèque devait être rendue publique dans le délai fixé par la loi. *A fortiori* en était-il de même lorsque le mariage était dissous par le prédécès du mari. La même règle semble bien avoir été appliquée au mineur. Sans doute l'édit de 1673 n'impose cette obligation qu'aux mineurs devenus majeurs, et ne prévoit formellement que le cas où la tutelle cesse par la majorité du pupille ; mais la raison devait conduire à étendre, par analogie, cette règle au cas où la tutelle prend fin par la mort du mineur. Il aurait peut-être été logique de conclure que, l'émancipation mettant aussi un terme à la tutelle, le mineur émancipé devait être assimilé au mineur devenu majeur. Nous croyons cependant que telle n'était pas la solution consacrée par l'édit. La capacité qu'acquiert le mineur émancipé n'est, même en ce qui concerne l'administration, qu'une capacité restreinte ; dans nombre de cas il a besoin de l'assistance de son curateur, qui ordinairement sera son ancien tuteur. Dès lors, il se trouve en fait dans un état sinon de dépendance, du moins de subordination qui le met dans l'impossibilité morale de prendre les mesures conservatoires de ses droits.

1501. La loi de 1855 se justifie par des considérations analogues. Moins prévoyante que l'édit de 1673, elle n'impose pas à la femme séparée l'obligation de prendre inscription dans un certain délai. Il ne suffit donc pas de dire aujourd'hui que la dispense d'inscription est limitée au temps pendant lequel l'incapable est privé de l'administration de son patrimoine. Il ne faut pas affirmer, comme on est tenté de le faire, qu'elle a la même durée que l'incapacité. L'exposé des motifs de la loi de 1855 semblerait cependant justifier cette explication. On y lit en effet le passage suivant : « Cette grande faveur (la dispense d'inscription) sera main-
» tenue tant que sera maintenue sa raison d'être ; tant que la
» femme est dans la dépendance du mari, dont l'intérêt est
» contraire au sien, tant que le mineur est sous l'autorité
» d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription
» si elle était nécessaire, la loi supplée par une protection
» peut être exorbitante, à la résistance du mari ou du tuteur.
» Mais quand la capacité d'action sera venue à l'un et à l'au-

» tre, le besoin de la publicité reprendra tous ses droits, et » il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour » remplir la formalité prescrite par la loi commune ». Ces motifs ne nous paraissent pas répondre exactement au texte de la loi ; ils ne l'embrassent pas dans toute son étendue ; et nous croyons que le législateur de 1855 a obéi à une inspiration plus profonde.

La dispense d'inscription accordée à certains incapables se justifie par l'impossibilité morale dans laquelle ils se trouvent de prendre inscription pour la conservation des sûretés à eux accordées par la loi. Cette impossibilité morale explique pourquoi le législateur leur attribue ces garanties en l'absence de toute stipulation ; elle est aussi le motif pour lequel leur hypothèque produit ses effets indépendamment de toute publicité. Dés lors, ce privilège doit avoir la même durée que cette impossibilité morale. Tel nous paraît avoir été le motif déterminant des auteurs de la loi de 1855 ; nous l'exposons de suite ; il nous aidera à donner la solution des questions que soulève le texte.

1502. La loi accorde un délai d'un an pour faire inscrire l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée. Remarquons que la loi dit *dans l'année*. Par conséquent, le jour qui sert de point de départ n'est pas compris dans le délai ; mais il en est autrement du jour de l'échéance. C'est une application pure et simple des principes généraux. Nous fixerons bientôt ce point de départ, mais avant d'aborder cette question, il nous paraît nécessaire de préciser en quelques mots et sauf à y revenir plus loin la portée générale du texte. De deux choses l'une, ou l'inscription a été requise dans le délai légal ou elle ne l'a pas été.

Dans le premier cas, l'hypothèque légale est conservée telle qu'elle appartenait à l'incapable. Elle continue de jouir du bénéfice du rang qui lui est attribué par l'art. 2135. A ce point de vue, l'inscription rétroagit dans le passé ; par exception au principe de l'art. 2134, elle ne détermine pas le rang de l'hypothèque ; il demeure fixé par la loi.

Dans le second cas, lorsque l'inscription n'a été requise qu'après l'expiration du délai d'un an, l'hypothèque est bien

conservée, mais elle est dépouillée d'un des avantages que lui attribuait la loi ; elle reste bien une hypothèque légale, mais elle est soumise à la règle générale de l'art. 2134 qui s'applique, en principe, à toutes les hypothèques, aux hypothèques légales comme aux autres ; non seulement son efficacité à l'égard des tiers est subordonnée à la condition d'une inscription ; mais son rang dépend de la date de cette inscription. Il n'est plus question de rétroactivité.

Il est donc indispensable de déterminer le point de départ de ce délai ; nous l'allons faire en parlant successivement de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit et de l'hypothèque légale de la femme mariée.

1503. La tutelle à laquelle sont soumis les mineurs et les interdits peut cesser par diverses causes et il est possible rationnellement que le point de départ du délai d'un an varie suivant les cas.

Si la tutelle prend fin par la majorité du mineur ou par un jugement de main-levée de l'interdiction, la solution est facile ; car l'art. 8 a précisément prévu ces hypothèses. Le délai d'un an commence à courir à partir de la cessation de la tutelle, c'est-à-dire à partir du jour où le mineur est devenu majeur, où l'interdit est relevé de l'interdiction. Cette règle se justifie facilement. A compter de cette époque, l'incapable est devenu pleinement capable : il a ou il recouvre l'administration de son patrimoine ; c'est à lui qu'il appartient de veiller à la conservation de ses droits. Il est absolument libre ; nul obstacle, même de fait, nulle impossibilité morale ne l'empêche de faire inscrire son hypothèque. La dispense n'a plus de raison d'être. Il devra rendre son hypothèque publique, sous la sanction déjà indiquée. La loi de 1855 reproduit purement et simplement sur ce point les dispositions de l'édit de 1673.

La même règle s'applique sans difficulté à l'interdit légal ; l'inscription de l'hypothèque devrait être effectuée dans l'année à partir du jour où son état d'interdiction a cessé.

1504. La tutelle peut cesser par l'émancipation du mineur. Quel sera, dans cette hypothèse, le point de départ du délai ?

Le mineur est-il obligé de faire inscrire son hypothèque dans l'année qui suit son émancipation ?

Comme l'édit de 1673, la loi de 1855 n'a pas prévu ce cas et son texte fournit un argument en faveur des deux opinions opposées. D'un côté, la loi parle du mineur devenu majeur. Or le mineur émancipé n'est pas devenu majeur ; donc l'art. 8 de la loi de 1855 ne peut recevoir application. D'un autre côté, la loi nous dit que l'inscription doit être requise dans l'année qui suit la cessation de la tutelle. Or il est certain que, par l'émancipation, la tutelle cesse et on pourrait être tenté d'en conclure que le délai commence immédiatement à courir.

Nous croyons plus juste de nous prononcer en faveur du mineur et de décider que le délai d'un an courra non pas du jour de l'émancipation, mais seulement du jour de la majorité. En effet, d'après le code civil, la dispense d'inscription était illimitée quant au temps. La loi de 1855 a dérogé à ce principe et en a restreint l'application. On peut dire aussi que la loi nouvelle comble une lacune du code [1]. Dans tous les cas, elle doit être interprétée restrictivement. Or elle ne parle que du mineur devenu majeur ; à celui-là seul elle impose l'obligation de faire inscrire son hypothèque. Donc elle ne s'applique pas au mineur émancipé. Il est vrai que le texte fait courir le délai du jour de la cessation de la tutelle ; mais la portée de ces expressions est déterminée par les premiers mots de l'article ; la cessation de la tutelle que la loi a en vue, c'est la cessation de la tutelle par la majorité du pupille.

Cette interprétation est d'ailleurs conforme à la raison. Le mineur émancipé reste incapable ; pour lui, l'incapacité est la règle ; la capacité, l'exception. Sans doute, il peut accomplir seul tous les actes de pure administration et l'inscription d'une hypothèque rentre parfaitement dans cette catégorie. Mais le mineur émancipé a souvent besoin pour des actes d'administration, par exemple pour la réception d'un capital mobilier, de l'assistance de son curateur. Il est donc placé sous l'autorité, sous l'influence, sous la direction de celui-ci.

[1] V. sur ce sujet de Loynes, *Note* dans D., 94. 2. 577.

Le plus souvent, en fait, il aura pour curateur son ancien tuteur. N'y a-t-il pas alors une véritable impossibilité morale à ce qu'il prenne inscription de son hypothèque et la décision de la loi de 1855 ne se trouve-t-elle pas par cela même justifiée [1]? Le code a obéi à la même pensée en décidant, par l'art. 475, que les actions du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrivent par dix ans à *compter de la majorité*, quoique le compte de la tutelle doive être rendu au mineur émancipé (art. 471) assisté de son curateur (art. 480).

1505. La tutelle peut aussi cesser par la mort du mineur ou de l'interdit. Quelle règle suivre?

L'art. 8 ne prévoit pas directement cette hypothèse. Il parle seulement du cas où la tutelle prend fin par la majorité du mineur ou la main-levée de l'interdiction. S'il mentionne cependant les héritiers, la construction grammaticale du texte prouve qu'il ne s'applique qu'aux héritiers du mineur devenu majeur. On pourrait conclure de ces prémisses que cette disposition est étrangère aux héritiers du mineur décédé pendant sa minorité, de l'interdit décédé en état d'interdiction. On ferait remarquer, à l'appui de cette opinion, que l'art. 8 de la loi de 1855 déroge à l'art. 2135 et ne peut être étendu à une hypothèse qu'il n'a pas formellement réglementée.

Nous ne saurions cependant approuver cette conclusion. Elle serait en opposition avec la volonté certaine du législateur. La pensée dominante de la loi de 1855 est de faire cesser la dispense d'inscription du moment où l'impossibilité morale qui la justifiait n'existe plus. Or, la mort du mineur ou de l'interdit met un terme à cette impossibilité. Par conséquent, la dispense n'a plus de raison d'être; l'art. 8 s'applique dans ce cas. Sous une autre forme, la dispense est motivée par les rapports de dépendance qui existent entre le pupille et son

[1] Pont, II, 814; Flandin, II, 1525; Rivière et François, 122; Rivière et Huguet, 378 et 379; Lesenne, *Transcr.*, 134; Fons, 73; Gauthier, 154; Aubry et Rau, § 269, note 16, III, 4e éd. p. 304, 5e éd. p. 512; Thézard, 229; Guillouard, III, 1230; Huc, XIII, 270; Beudant, II, p. 216 note 2; Planiol, II, 2998; Surville, II, 674. — Amiens, 6 fév. 1864, D., 64. 5. 209, S., 64. 2. 93. — Agen, 6 déc. 1864, D., 65. 2. 26, S., 65. 2. 138. — Alger, 26 avril 1880, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1138, S., 81. 2. 264.

tuteur; elle ne doit donc pas se perpétuer au profit d'héritiers qui n'ont jamais été dans les liens de la même sujétion. Il serait enfin illogique que les héritiers eussent des droits plus étendus que leur auteur, dont la condition personnelle a motivé la faveur de la loi. Pour le mineur ou l'interdit la dispense ne serait que temporaire ; pour ses héritiers elle serait perpétuelle, aucun texte n'en limitant la durée. Cette conséquence, manifestement inadmissible, est la condamnation de l'opinion contraire. C'est pourquoi nous pensons que les héritiers dont parle l'art. 8 ne sont pas seulement les héritiers du mineur devenu majeur, mais même les héritiers du mineur décédé pendant la tutelle ou de l'interdit décédé en état d'interdiction [1].

1506. La généralité du texte embrasse les héritiers mineurs aussi bien que les héritiers majeurs. Les uns et les autres sont obligés de faire inscrire l'hypothèque légale de leur auteur dans le délai d'un an à partir de sa mort. Dans le silence du texte, il est impossible d'admettre une prorogation de ce délai en faveur des héritiers mineurs. En vain on voudrait argumenter de l'art. 2252. Il ne faut pas oublier que cet article est spécial à la prescription, or la règle de l'art. 8 n'est pas une règle de prescription ; la loi établit un délai préfix, elle prononce une véritable déchéance. Il faut donc conclure qu'elle s'applique également aux héritiers mineurs du pupille ou de l'interdit.

Cette solution cependant semble blesser l'équité, lorsque les héritiers mineurs sont placés sous la même tutelle ou sous la même autorité que le mineur décédé. Par exemple, un mineur soumis à la tutelle légale de son père meurt laissant entre autres héritiers des frères et sœurs mineurs et placés sous la même tutelle : ou bien un enfant mineur placé sous la tutelle légale de son père survivant et remarié meurt lais-

[1] Troplong, *Transc.*, 311; Rivière et Huguet, 380; Grosse, 250; Lesenne, *Transc.*, 135; Pont, II, 815; Lemarcis, *Transc.*, p. 40; Aubry et Rau, § 269, texte et note 17, III, 4e éd. p. 304, 5e éd. p. 512-513; Guillouard, II, 1228-1229; Huc, XIII, 271; Beudant, II, 772; Planiol, II, 3001; Surville, II, 674. — Aix, 19 nov. 1863, S., 64. 2. 295. — Agen, 6 déc. 1864, D., 65. 2. 26, S., 65. 2. 138. — V. aussi sur cette question les autorités citées à propos des héritiers de la femme mariée, *infra*, II, p. 672, note 3.

sant entre autres héritiers des frères et sœurs consanguins soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle de leur père. Ces héritiers seront-ils tenus de faire inscrire l'hypothèque légale dans l'année du décès?

Dans la première hypothèse, la question ne présente aucun intérêt. Il s'agit de frères et sœurs germains. Le même événement a donné pour tous ouverture à la tutelle; l'hypothèque légale a pour tous le même rang et comme l'hypothèque légale du mineur garantit à une date unique toutes ses créances contre le tuteur, même celles qui résultent de successions ouvertes pendant la tutelle, les héritiers mineurs seront, en vertu de leur hypothèque personnelle et de leur chef, colloqués pour tous leurs droits au même rang que si l'hypothèque de leur auteur avait été régulièrement inscrite. Il n'y a donc pas d'intérêt, dans ce cas, à rechercher si l'art. 8 doit recevoir application.

Mais il n'en est pas de même dans la seconde hypothèse. Les héritiers mineurs n'ont pas d'hypothèque s'ils sont seulement soumis à la puissance paternelle; et, s'ils sont eux-mêmes en tutelle, leur hypothèque personnelle ne prend rang qu'à une date notablement postérieure à celle de l'hypothèque du *de cujus*. Ils auraient intérêt à se prévaloir de cette dernière. Sont-ils, pour en avoir le droit, obligés de la faire inscrire dans l'année du décès? Cette question s'agite dans des termes identiques pour les héritiers mineurs de la femme mariée; c'est là que nous la discuterons. Nous nous bornerons à dire ici qu'elle comporte dans les deux cas la même solution. Nous croyons qu'il faut appliquer l'art. 8 et subordonner l'efficacité de l'hypothèque à la condition d'une inscription prise dans l'année [1].

1507. Il peut arriver aussi, sans que la tutelle prenne fin,

[1] V. en faveur de cette solution les auteurs cités *infra*, II, 1514. — Civ. cass., 22 août 1876, D., 78. 1. 212, S., 76. 1. 471. — Trib. civ. Gray, 4 déc. 1877, D., 78. 3. 24. — V. en sens contraire, pour le cas où les enfants mineurs nés d'un second mariage du père et placés sous l'administration légale de celui-ci, deviennent héritiers de leur sœur consanguine née du premier mariage et décédée en état de minorité et n'ont pas fait inscrire dans l'année de ce décès l'hypothèque légale qui appartenait à leur sœur, Trib. civ. Chartres, 3 juin 1892, D., 97. 2. 169, S., 97. 2. 265. — Cpr. la note de M. Boistel sur ce jugement, D., *loc. cit.*

qu'il y ait un changement de tuteur par suite de mort, excuse ou destitution du tuteur en exercice, ou de l'expiration du délai de dix ans dans le cas d'interdiction (art. 508). Dans ces cas, l'efficacité de l'hypothèque légale sur les immeubles de l'ancien tuteur est-elle subordonnée à la condition d'une inscription, prise dans l'année soit par le mineur, soit par son nouveau tuteur? Ce serait, à notre avis, exagérer la portée de la loi de 1855 que de l'appliquer dans ces hypothèses. Sans doute le mineur ne se trouve plus placé sous l'autorité de celui-là même sur les immeubles duquel l'inscription doit être prise ; sans doute le devoir de la prendre n'incombe pas alors à celui-là même contre lequel est dirigée cette garantie. Ces considérations pourraient peut-être porter à étendre à ces cas la disposition de l'art. 8.

Nous ne croyons pas pouvoir cependant accepter cette solution. La dispense d'inscription est, dans la pensée de la loi, le complément de la protection du mineur. La loi veille à ses intérêts, parce qu'il est incapable de les sauvegarder lui-même. Or. dans nos hypothèses, l'incapacité persiste avec toute son étendue ; le mineur n'a même pas l'administration de son patrimoine ; il est donc juste qu'il continue de jouir du bénéfice de la dispense d'inscription. Cette théorie est en harmonie avec le texte de la loi de 1855 qui ne parle que du mineur devenu majeur, de la cessation de la tutelle, et avec la volonté du législateur qui a été de limiter la dispense à la durée de l'incapacité, mais qui est évidemment de la faire durer tant que l'incapacité se prolonge [1].

1508. Pour l'hypothèque légale de la femme mariée le point de départ du délai d'un an est fixé par l'art. 8 au jour

[1] Mourlon, *Transcr.*, II, 865 ; Flandin, II, 1526 ; Pont, II, 814 ; Gauthier, 153 ; Rivière et Huguet, 378 et 379 ; Rivière et François, 120 ; Lesenne, *Comment. L. du 23 mars 1855*, 134 ; Lemarcis, *Comment. L. sur la transcr.*, p. 39 ; Bioche, v° *Transcr.*, 148 ; Colmet de Santerre, IX, 107 *bis*-III ; Aubry et Rau, § 269, note 16, III, 5e éd. p. 512 ; Guillouard, III, 1231 ; Huc, XIII, 270 ; Beudant, II, p. 216, note 2 ; Surville, II, 674. — Metz, 8 fév. 1859, *Rec. des arrêts de cette cour*, 1859, p. 158. — Amiens, 6 fév. 1864, D., 64. 5. 209, S., 64. 2. 93. — Agen, 6 déc. 1864, D., 65. 2. 26, S., 65. 2. 138. — Grenoble, 10 juill. 1867, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1139, S., 68. 2. 45. — Alger, 26 avril 1880, S., 81. 2. 264. — *Contra* Verdier, II, 628 ; Audier, *Rev. prat.*, 1865, XX, p. 181. — V. aussi Ducruet, 35.

de la dissolution du mariage. La généralité des termes de la loi nous permet de l'appliquer à toutes les causes qui entraînent la dissolution du mariage, aussi bien au divorce [1] qu'au prédécès du mari, bien que le législateur n'ait eu en vue que cette dernière hypothèse et n'ait en conséquence parlé que de la femme veuve. Il n'y a pas en effet de motif pour distinguer entre les deux cas.

Le délai d'un an court dans le cas de veuvage du jour du décès du mari, dans le cas de divorce du jour de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil [2]. Lorsque le mariage a été annulé et que la femme de bonne foi veut se prévaloir de son hypothèque légale, nous croyons qu'elle est obligée de la faire inscrire dans l'année et que le délai court à partir du jour où le jugement qui a prononcé la nullité du mariage est devenu définitif [3].

1509. La question est beaucoup plus délicate dans le cas d'absence, que les auteurs de la loi de 1855 n'ont certainement pas prévu. Il semblerait dès lors naturel d'en conclure que l'art. 8 est étranger à cette hypothèse et que l'hypothèque continue d'être dispensée d'inscription pendant toute la durée de l'absence.

Cette solution nous paraît sans difficulté, lorsque l'absence prend fin par le retour de l'absent, par la preuve acquise de son existence ou par la preuve de son décès. Dans les deux premiers cas, le mariage n'est pas dissous et l'année, à l'expiration de laquelle l'hypothèque perd le bénéfice du rang que lui attribue l'art. 2135 si elle n'a pas été inscrite, n'a pas pu commencer à courir. Dans le troisième, le point de départ paraît fixé par l'art. 8 au jour de la dissolution du mariage c'est-à-dire au jour du décès de l'époux absent. Nous hésiterions cependant à proposer cette solution d'une manière abso-

(1) Carpentier, *Tr. du divorce,* 345; Vraye et Gode, *Le divorce,* II, 565; de Loynes, *Note,* dans D., 94. 2. 577; Aubry et Rau, § 269, note 15 *bis,* III, 5e éd. p. 511; Huc, XIII, 272; Beudant, II, 748; Planiol, II, 2999; Surville, II, 674. — Trib. civ. Bordeaux, 15 janv. 1894, D., 94. 2. 577, S., 94. 2. 256. — Aix, 9 mai 1898, D., 98. 2. 509, S., 98. 2. 210.

(2) Aubry et Rau, § 269, note 15 *bis,* III, 5e éd. p. 511; Huc, XIII, 272; Beudant, II, p. 200, note 1; Planiol, II, 2999. — Aix, 9 mai 1898, D., 98. 2. 509, S., 98. 2. 210.

(3) Aubry et Rau, § 269, note 15 *bis,* III, 5e éd. p. 511.

lue. Le délai d'un an accordé par l'art. 8 doit être un délai utile ; or la femme ou ses représentants ne peuvent être accusés de négligence tant qu'ils n'ont pas eu connaissance du décès de l'absent. En conséquence, nous croirions plus juste d'en fixer le point de départ au jour où cette connaissance a été acquise [1]. Mais l'absence peut se prolonger indéfiniment sans qu'on acquière jamais la preuve de l'existence ou du décès de l'absent, il serait alors plus conforme aux principes généraux de faire courir le délai à partir de l'envoi en possession définitif, peut-être même du jour où cet envoi peut être demandé. La loi règle les droits des parties comme si l'absent était mort ; elle valide les actes de disposition consentis par les envoyés en possession (art. 132), elle ordonne de procéder au partage des biens (art. 129), on autorise non seulement l'exercice des actions en rapport, mais encore l'exercice de l'action en réduction [2]. Il est logique d'appliquer l'art. 8 de la loi de 1855 et d'imposer à la femme ou à ses héritiers l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale [3]. Sans doute, pendant l'envoi en possession provisoire, les conventions matrimoniales ont pu cesser de produire leur effet (art. 124). Mais ce n'est pas un motif suffisant pour faire courir le délai d'un an.

Dans tous les cas, ce délai court à partir du décès de l'époux présent, qui entraîne certainement et nécessairement la dissolution du mariage.

1510. Nous serions assez portés à appliquer des solutions analogues dans les cas de constatation judiciaire du décès faite dans les conditions prévues par la loi du 8 juin 1893. Le délai d'un an ne courrait que du jour de la transcription du jugement sur les registres de l'état civil. S'il en était autrement, le délai pourrait être expiré avant que les intéressés ne fussent véritablement mis en demeure d'en profiter [4].

1511. Il résulte aussi du texte que l'obligation de faire

(1) V. cep. Huc, XIII, 272.

(2) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, I, 1223, 1225 et les autorités citées.

(3) V. cep. Huc, XIII, 272.

(4) Aubry et Rau, § 269, note 15 *ter*, III, 5e éd. p. 512. — Cpr. Huc, XIII, 272.

inscrire l'hypothèque légale n'est imposée ni à la femme séparée de corps et de biens, ni à la femme séparée de biens. Alors le mariage n'est pas dissous, la femme reste incapable bien qu'elle ait ou recouvre la libre administration de son patrimoine; elle continue d'être placée sous la dépendance de son mari. Elle bénéficie de la dispense d'inscription écrite dans l'art. 2135. La solution opposée nous conduirait, du reste, à une conséquence manifestement contraire à la volonté du législateur; elle aurait pour résultat de soumettre d'une manière absolue à la publicité l'hypothèque légale de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens [1].

1512. Incontestable à l'époque de la rédaction de la loi du 23 mars 1855, cette doctrine ne se trouve-t-elle pas condamnée par la loi du 6 février 1893 portant modification au régime de la séparation de corps? La difficulté est très grave : elle n'a pas été prévue par les auteurs de la loi nouvelle. Si la dispense d'inscription avait pour unique fondement l'incapacité de la femme, on devrait décider que le délai d'un an accordé par l'art. 8 de la loi de 1855 court à partir de la séparation de corps; car la séparation de corps rend à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice (al. 3 de l'art. 311 nouveau). On pourrait dire aussi que la femme cesse par le jugement d'être placée sous l'autorité, la direction et l'influence de son mari et que, dès lors, la dispense d'inscription n'a plus de raison d'être. Nous reviendrions ainsi pour le cas de séparation de corps à une législation analogue à celle de l'édit de 1673. A ce point de vue, la solution pourrait être heureuse. Nous hésitons cependant à la proposer. Il est certain pour nous que les auteurs de la loi de 1855 n'ont pas eu la pensée d'imposer à la femme séparée de corps l'obligation de faire inscrire son hypothèque légale. D'un autre côté, il est certain que les auteurs de la loi de 1893 n'ont nulle part exprimé la volonté de modifier la loi de 1855. Ne faut-il pas en conclure que les règles de l'art. 8 demeurent en vigueur et que la femme séparée de corps n'est pas

[1] Thézard, 229.

tenue de publier son hypothèque? Cependant on peut prétendre que la loi nouvelle a eu pour but d'accorder à la femme séparée de corps la même indépendance qu'à la femme divorcée sauf les effets que peut encore produire le lien bien relâché du mariage, comme le devoir de fidélité. Or nous avons décidé que la femme divorcée doit, comme la femme veuve, faire inscrire son hypothèque. La même règle ne doit-elle pas recevoir son application à la femme séparée de corps? Cependant la séparation de corps ne dissout pas le mariage; elle ne fait pas cesser l'inaliénabilité des immeubles dotaux (1). D'un autre côté, la femme ne peut-elle pas avoir intérêt à ménager les susceptibilités de son mari pour amener, s'il est possible, une réconciliation que conseillerait l'intérêt des enfants? Son abstention n'est-elle pas ainsi justifiée et le législateur ne doit-il pas favoriser une semblable conduite? Enfin, si les époux se réconcilient, l'hypothèque légale ne reprendra-t-elle pas toute sa force, ne rétroagira-t-elle pas dans le passé aux diverses dates fixées par l'art. 2135? N'y aura-t-il pas dès lors une véritable inconséquence à faire revivre dans le passé, au préjudice des tiers, une hypothèque qui aurait perdu le bénéfice de son rang ou même qui aurait cessé de frapper les immeubles aliénés par le mari? Si la liquidation des droits de la femme avait été opérée et suivie d'un paiement, ne serait-ce pas laisser la porte ouverte aux fraudes que les époux pourraient concerter entre eux librement? Pour sauvegarder les intérêts des tiers, il faudrait décider que l'hypothèque ne prendrait rang alors que du jour de la réconciliation, peut-être même du jour où cette réconciliation aurait été constatée et publiée dans les formes déterminées par le dernier al. du nouvel art. 311. C'est au législateur, au législateur seul qu'il appartenait de le faire. Nous ne pensons pas que l'interprète ait le droit de créer de semblables règles et jusqu'au jour où notre législation aura été modifiée sur ce point, nous croyons plus prudent et plus sage de décider que la séparation de corps ne

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, 1873. — Rapport de M. Arnault, *Journ. Off.*, 24 déc. 1887, *Annexes*, p. 440, col. 3.

fait pas naître pour la femme l'obligation de requérir inscription de son hypothèque légale [1].

1513. Bien que l'art. 8 n'impose expressément cette obligation qu'à la femme veuve, et ne prévoie par suite que le cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari, nous n'hésitons pas à appliquer cette règle dans le cas inverse, lorsque le mariage est dissous par le prédécès de la femme. Nous avons déjà rencontré une difficulté analogue pour le mineur, lorsque la tutelle prend fin par sa mort ; nous l'avons résolue en ce sens [2]. Les mêmes considérations nous conduisent ici à une solution identique. Les héritiers de la femme n'ont jamais été frappés de la même incapacité que celle-ci ; ils ne se sont jamais trouvés dans les liens de la même dépendance. Il n'y a pas de motifs pour leur accorder le bénéfice de la faveur dont ne jouit plus la femme, d'une faveur que le législateur de 1855 a voulu renfermer dans des bornes étroites. Ils sont donc tenus de faire inscrire l'hypothèque légale dans l'année à partir du décès de la femme, s'ils veulent conserver l'avantage du rang fixé par l'art. 2135 [3].

1514. Cette règle s'applique-t-elle même dans le cas où les héritiers de la femme sont mineurs ? Nous avons déjà rencontré cette difficulté en matière de tutelle [4] ; nous en avons alors ajourné l'examen ; elle comporte en effet la même solution dans l'un et l'autre cas.

(1) De Loynes, *Note* dans D., 94. 2. 577 ; Aubry et Rau, § 269, note 15 *bis*, III, 5e éd. p. 512 ; Huc, XIII, 270 ; Beudant, II, 747 ; Surville, II, 674. — Cpr. Planiol, II, 3000.

(2) *Supra*, II, 1505.

(3) Troplong, *Transcr.*, 311 ; Rivière et Huguet, 380 ; Lesenne, *Transcr.*, 135 ; Lemarsis, *Transcr.*, p. 40 ; Pont, II, 809 et *Rev. du not. et de l'enreg.*, I, p. 105, n. 31 ; Ducruet, 33 ; Flandin, II, 1016, 1017, 1528, 1567 ; Mourlon, *Transcr.*, II, 866 à 872 ; Verdier, II, 627 ; Aubry et Rau, § 269, texte et note 17, III, 4e éd. p. 304, 5e éd. p. 512-513 ; Colmet de Santerre, IX, 107 *bis*-II ; Thézard, 229 ; Guillouard, III, 1228 ; Huc, XIII, 271 ; Beudant, II, 748 ; Planiol, II, 3001 ; Surville, II, 674. — Bordeaux, 12 mars 1860, D., 61. 2. 67, S., 60. 2. 524. — Aix, 10 janv. 1861, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1154, S., 61. 2. 177. — Metz, 19 mars 1861, D., 61. 2. 135, S., 61. 2. 179. — Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113. — Req., 2 juill. 1877, D., 78. 1. 408, S., 77. 1. 415. — Trib. civ. Bordeaux, 15 janvier 1894, D., 94. 2. 577 (*Note* de M. de Loynes), S., 94. 2. 256. — V. aussi les arrêts cités au numéro suivant.

(4) *Supra*, II, 1506.

On est généralement d'accord pour soumettre à l'application de l'art. 8 les héritiers mineurs de la femme, lorsqu'ils sont placés sous la tutelle d'une personne autre que le mari débiteur de la dot. Il n'y a pas alors ce conflit entre le devoir et l'intérêt qui fait naître une très grave difficulté (1).

Mais la question est très discutée dans l'hypothèse inverse. La femme meurt laissant pour héritiers des enfants mineurs issus du mariage. Le mari survivant devient de plein droit leur tuteur. Si l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale de la femme prend immédiatement naissance, si le délai pour remplir cette formalité commence à courir de suite et si le point de départ n'en est pas reporté à l'époque de la majorité des mineurs, que pourra-t-il arriver? C'est que le père, plus soucieux de ses intérêts personnels que des intérêts de ses enfants, négligera de faire inscrire l'hypothèque légale de sa femme, que les mineurs perdront le bénéfice du rang déterminé par l'art. 2135-2° et n'auront pas d'autre garantie que leur propre hypothèque légale datant du jour de l'ouverture de la tutelle c'est-à-dire du jour du décès de leur mère. Or, c'est précisément contre ce danger, contre cette lutte dans laquelle le devoir pourrait être sacrifié à l'intérêt que le législateur a voulu protéger les incapables en dispensant l'hypothèque de publicité. Ne faut-il pas en conclure que les effets de la dispense d'inscription se prolongeront jusqu'au moment où aura cessé l'incapacité des héritiers?

Malgré ces considérations, nous croyons que les mineurs ne pourront conserver le bénéfice de l'hypothèque légale avec le rang déterminé par l'art. 2135-2° que s'ils prennent inscription dans l'année du décès de la femme. Il est certain que la rédaction de l'art. 8 manque de précision. Le texte ne s'applique pas seulement, comme sa construction grammaticale pourrait porter à le penser, aux héritiers du mineur devenu majeur et de la femme veuve ; il embrasse dans ses

(1) Troplong, *Transcr.*, 311 ; Aubry et Rau, § 269, texte et note 18, III, 4e éd. p. 305, 5e éd. p. 513 ; Guillouard, III, 1232 ; Planiol, II, 3002. — Bordeaux, 12 mars 1860, D., 61. 2. 67, S., 60. 2. 524. — Aix, 10 janv. 1861, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1154, S., 61. 2. 177.

prévisions les héritiers du mineur décédé en tutelle, de la femme décédée pendant le mariage. On le reconnaît sans difficulté; nul n'hésite à soumettre à cette règle les héritiers majeurs des incapables et même les héritiers mineurs lorsqu'ils sont placés sous la tutelle d'une personne autre que celle grevée de l'hypothèque légale assujettie à la formalité de l'inscription. Or, si cette solution est, comme nous le croyons, consacrée par l'art. 8, il est impossible de distinguer dans ce cas, entre les héritiers mineurs soumis à la tutelle du mari survivant et les héritiers majeurs pour les soumettre à des règles différentes. La règle doit être absolue, parce que le texte est général. En le décidant ainsi, nous nous conformons à l'art. 8. La pensée dominante du législateur a été de limiter la dispense au temps pendant lequel le créancier est frappé d'incapacité ou se trouve dans l'impossibilité morale de veiller à la sauvegarde de ses droits. Or, cette incapacité, cette impossibilité morale dérivent de l'état de mariage. Les héritiers, même mineurs, de la femme ne sont pas dans la même condition que celle-ci. Par conséquent, ils ne peuvent pas invoquer le bénéfice de la dispense d'inscription fondée sur l'état de la femme mariée. Il est vrai qu'à une incapacité succède une autre incapacité, que l'impossibilité morale qui disparaît se trouve remplacée par une autre impossibilité de même nature. Mais à chaque mal son remède : à l'un, l'hypothèque légale de la femme mariée ; à l'autre, l'hypothèque légale du mineur; à l'un et à l'autre une semblable dispense d'inscription ; à l'un, une hypothèque légale dont le rang varie avec la date des créances ; à l'autre une hypothèque légale dont le rang est fixé par l'ouverture de la tutelle. Mais ces deux incapacités, distinctes dans leurs causes, ne sauraient réagir l'une sur l'autre ; lorsque l'une d'elles prend fin, la dispense d'inscription, qui lui était accordée, cesse de pouvoir être invoquée. Le code applique cette règle au privilège du copartageant ; il l'applique à la séparation des patrimoines, la minorité des créanciers ne suspend pas le cours des délais de 60 jours et de six mois ; la loi de 1855 l'applique aux privilèges du vendeur et du copartageant qui doivent pour leur conservation être inscrits, en cas

d'aliénation transcrite, dans le délai de quarante-cinq jours à partir de la vente ou du partage. N'est-ce pas se conformer aux principes généraux que d'admettre la même doctrine, quand il s'agit d'interpréter l'art. 8 de la loi de 1855? Il est vrai, comme nous l'avons déjà dit, que les intérêts des mineurs seront exposés à de graves dangers. Ils sont incapables, et celui qui est chargé de requérir l'inscription est précisément celui sur les immeubles duquel elle doit être prise. Il eût été sage d'imposer alors à d'autres personnes l'obligation rigoureuse de remplir cette formalité. Mais l'oubli commis par le législateur n'est pas un motif suffisant pour écarter l'application du texte [1].

1515. Le délai d'un an accordé par l'art. 8 de la loi de 1855 ne saurait être restreint par la survenance de l'un des événements qui, aux termes de l'art. **2146**, mettent un terme

[1] Pagès, *Rec. de l'Ac. de législ. de Toulouse*, VII, p. 406 ; Eyssautier, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 369 et *Rev. prat.*, 1866, XXII, p. 448 ; Flandin, II, 1018 à 1022 ; Mourlon, *Transcr.*, II, 871 ; Verdier, II, 626 ; Bressolles, 98 ; Rivière et Huguet, 380 ; Gauthier, *Code des placements fonciers*, 395, note 1 ; Bioche, v° *Transcr.*, 147 ; Aubry et Rau, § 269, texte et note 19, III, 4e éd. p. 305, 5e éd. p. 514 ; Thézard, 229 ; Colmet de Santerre, IX, 107 *bis*-II ; Labbé, *Note* dans S., 66. 1. 233 ; Mourlon, *Note* dans D., 66. 1. 241 ; de Loynes, *Note* dans D., 94. 2. 577 ; Guillouard, III, 1233-1234 ; Huc, XIII, 271 ; Beudant, II, 748 ; Planiol, II, 3002 ; Surville, II, 674. — Grenoble, 29 avril 1858, D., 61. 2. 68, S., 59. 2. 70. — Bordeaux, 12 mars 1860, D., 61. 2. 67, S., 60. 2. 524. — Aix, 10 janv. 1861, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1154, S., 61. 2. 177. — Metz, 19 mars 1861, D., 61. 2. 135, S., 61. 2. 177. — Toulouse, 2 janv. 1863, D., 63. 2. 215, S., 63. 2. 191. — Grenoble, 26 fév. 1862, D., 63. 2. 68, S., 63. 2. 75 et sur pourvoi Civ. rej., 2 mai 1866, D., 66. 1. 241, S., 66. 1. 233. — Bourges, 17 fév. 1872, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 1142, S., 72. 2. 133. — Aix, 9 janv. 1875, D., 76. 2. 178, S., 76. 2. 294. — Paris, 21 janv. 1875, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 1142, S., 75. 2. 77. — Civ. cass., 22 août 1876, D., 78. 1. 212, S., 76. 1. 471. — Req., 2 juill. 1877, D., 78. 1. 408, S., 77. 1. 415. — Trib. civ. Gray, 4 déc. 1877, D., 78. 3. 24. — Alger, 12 mai 1880, *J. G. Suppl.*, v° *Minor.*, 577, S., 81. 2. 37. — Angers, 19 janv. 1892, D., 92. 2. 212, S. (sous Cass., 15 novembre 1892), 93. 1. 145. — Alger, 8 nov. 1898, *Rec. Gaz. des Trib.*, 99, 1er sem., 2. 163. — *Contra*, Nicollet, *Rev. crit.*, 1858, XIII, p. 548, et 1867, XXX, p. 369 ; Troplong, *Transcr.*, 251 ; Grosse, 251 ; Pont, II, 809, et *Rev. du not. et de l'enreg.*, I, 31 et VII, 1390 ; Bouniceau-Gesmon, *Rev. prat.*, 1866, XXI, p. 449, et 1867, XXIII, p. 97. — Riom, 3 août 1863, D., 63. 2. 133, S., 63. 2. 171. — Agen, 6 déc. 1864, D., 65. 2. 27, S., 65. 2. 138. — Trib. civ. du Puy, 12 janv. 1865, D., 65. 3. 13. — La Martinique, 23 juill. 1866, D., 66. 2. 173, S., 67. 2. 20. — Lyon, 11 janv. 1876, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1140, S., 76. 2. 203. — Trib. civ. Chartres, 3 juin 1892, D., 97. 2. 169, S., 97. 2. 265, cité *supra*, II, note 1, p. 666.

à la faculté d'inscrire les hypothèques. Nous verrons que l'inscription est destituée d'efficacité lorsqu'elle n'a pas été prise avant le jour du jugement déclaratif de faillite, du décès du débiteur suivi de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de la vacance de sa succession. Le législateur n'a pas voulu que le créancier pût se procurer une cause de préférence, au moment où la composition du patrimoine et les droits de chacun se trouvent fixés par la liquidation qui commence. Ces événements ne feraient pas obstacle à la validité d'une inscription prise dans le délai d'un an à partir de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage. Il ne s'agit pas en effet, comme dans les hypothèses prévues par l'art. 2146, de rendre opposable aux tiers une hypothèque qui n'avait pas encore acquis son efficacité à leur égard. L'inscription requise par l'art. 8 a pour but de conserver à l'hypothèque une efficacité qu'elle possédait déjà, un rang que la loi lui avait attribué (1).

1516. L'expiration du délai d'un an sans que l'inscription ait été prise n'emporte pas, par elle seule, extinction de l'hypothèque (2); elle ne lui enlève pas son caractère d'hypothèque légale. La jurisprudence en a conclu qu'inscription pouvait en être requise en se conformant à l'art. 2153 (3).

Mais elle a perdu d'une part le bénéfice de la dispense d'inscription; elle a perdu d'autre part le bénéfice de la rétroactivité attaché par l'art. 8 à l'inscription prise dans l'année. Par conséquent, elle se trouve dorénavant soumise au principe de droit commun de l'art. 2134, qui embrasse dans sa généralité toutes les hypothèques légales, judiciaires ou con-

(1) Pont, II, 890, 895; Mourlon, *Transcr.*, II, 873; Demangeat sur Bravard, V, p. 288 à la note; Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 305, 5e éd. p. 515; Guyard, *Rev. crit.*, 1870, XXXVI, p. 401 s.; Laroque-Saissinel et Dutruc, *Formul. gén. des faill.*, 391 *in fine;* Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-VI; Lyon-Caen et Renault, VII, 288-289; Guillouard, III, 1133, 1235-1236; Thaller, 1814; Huc, XIII, 273; Planiol, II, 3035. — Civ. cass., 17 août 1868 (motifs), D., 68. 1. 398, S., 68. 1. 377. — Caen, 27 janv. 1870, D., 71. 2. 99, S., 70. 2. 331.

(2) Pont, II, 836; Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 306, 5e éd. p. 515; Colmet de Santerre, IX, 107 *bis*-I; Planiol, II, 3035. — Cpr. Req., 24 janv. 1898, D., 99. 1. 109.

(3) Caen, 18 janv. 1879, S., 80. 2. 201. — Bordeaux, 18 nov. 1890, D., 94. 2. 569. — De Loynes, *Note* dans D., 95. 2. 42.

ventionnelles. Son efficacité à l'égard des tiers dépend donc d'une inscription et son rang sera déterminé par la date de cette inscription [1], non par l'art. 2135.

1517. Il résulte également de là que, à partir de l'expiration de l'année [2], l'inscription doit en être requise dans les mêmes délais que pour toutes les autres hypothèques et que les événements qui mettent un terme à la faculté de s'inscrire s'opposent également à l'efficacité de l'inscription de cette hypothèque [3]. Ainsi notamment elle ne pourrait pas être utilement inscrite après le jugement déclaratif de faillite ou le décès du débiteur si sa succession avait été acceptée sous bénéfice d'inventaire ou était vacante [4]. Reste à savoir si on peut alors lui appliquer le deuxième alinéa de l'art. 448 C. co. et si le tribunal de commerce peut annuler l'inscription prise depuis la cessation des paiements. Nous la retrouverons en présentant le commentaire des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. [5].

1518. Il est cependant un cas dans lequel le mineur de-

(1) V. not. Agen, 5 mai 1858, D., 59. 2. 66, S., 59. 2. 364. — Limoges, 14 juin 1860, D., 60. 2. 222. — Paris, 30 nov. 1861, *J. G. Supp.*, v° *Priv. et hyp.*, 581. — Req., 2 juill. 1877, D., 78. 1. 408, S., 77. 1. 415. — Trib. civ. Gray, 4 déc. 1877, D., 78. 3. 24. — Req., 27 juin 1899, D., 00. 1. 194, S., 00. 1. 229. — V. Poitiers, 31 juill. 1893, D., 95. 2. 41 (*Note* de M. de Loynes). — *Contra* Riom, 29 déc. 1898 pour le cas où l'hypothèque appartenant à plusieurs enfants mineurs a été inscrite dans l'année de la majorité du plus jeune, D., 01. 1. 214.

(2) Il en était autrement avant la loi de 1855.

(3) *Infra*, II, 1551 s. et III, 2083 pour le droit de suite.

(4) Pont, II, 890, 895, 926; Troplong, *Transcr.*, 313; Mourlon, *Transcr.*, II, 878; Carette *Note* dans S., 63. 1. 425; Briguiboul, *Rev. prat.*, 1864, XXV, p. 150; Verdier, II, 638; Demangeat sur Bravard, V, p. 293; Aubry et Rau, § 269, texte et note 21, III, 4e éd. p. 306, 5e éd. p. 516; Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-VI; Lyon-Caen et Renault, VII, 289; Guillouard, III, 1133 et 1236; Valabrègue, n. 350, p. 458; Thaller, 1814; de Loynes, *Note* dans D., 94. 2. 577; Beudant, II, 805; Planiol, II, 3035. — Cpr. Huc, XIII, 312. — Paris, 24 juin 1862, D., 63. 2. 1, S., 63. 2. 37. — Civ. cass., 17 août 1868, D., 68. 1. 398, S., 68. 1. 377. — Rouen, 17 juin 1869, D., 72. 2. 215, S., 71. 2. 174. — Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113. — Caen, 27 janv. 1870, D., 71. 2. 69. — Lyon, 19 août 1871, D., 72. 5. 270, S., 72. 2. 80. — Req., 2 juil. 1877, D., 78. 1. 408, S., 77. 1. 415. — Trib. civ. Seine, 4 août 1891, *Journ. des conserv. des hyp.*, art. 4237, 1892, p. 74. — Trib. civ. Bordeaux, 15 janv. 1894, D., 94. 2. 577. — *Contra* Thiercelin, *Note* dans D., 63. 2. 1. — Colmar, 15 janv. 1862, D., 62. 2. 101, S., 62. 2. 122. — Trib. civ. Valence, 1er mars 1866, D., 66. 3. 62.

(5) *Infra*, II, 1591.

venu majeur, la femme veuve ou divorcée, les héritiers même du mineur décédé pendant la tutelle, de la femme décédée pendant le mariage, sont dispensés de requérir dans l'année l'inscription de l'hypothèque légale. Il se réalise, lorsqu'avant l'expiration de ce délai l'hypothèque a produit son effet légal [1]. De même que le renouvellement de l'inscription est alors inutile, de même l'inscription de l'hypothèque légale du mineur ou de la femme mariée devient superflue. Il suffit alors que la femme ou ses représentants aient produit à l'ordre dans les délais de l'art. 754 Pr. civ.

C'est en présentant le commentaire de l'art. 2154 que nous déterminerons les cas dans lesquels l'hypothèque a produit son effet légal. Nous ne ferons qu'une simple remarque. Il ne suffit pas que les reprises de la femme aient été liquidées, il ne suffit pas que les biens du mari aient été par elle saisis, soit sur celui-ci, soit entre les mains d'un tiers détenteur. Les immeubles du mari n'ont pas encore été transformés en une somme d'argent; le droit de la femme n'est pas transporté de la chose sur le prix. L'hypothèque n'a pas encore produit son effet légal. L'inscription demeure la condition essentielle, requise pour la conservation du droit [2].

1519. La publicité dont l'hypothèque légale doit être entourée n'est requise par l'art. 8 qu'à l'égard des tiers. Les expressions employées par le législateur de 1855 sont identiques à celles que nous avons rencontrées dans l'art. 2134. Elles doivent avoir le même sens et la même portée. Il en résulte :

1° Que le droit de se prévaloir du défaut d'inscription appartient non seulement aux tiers acquéreurs ou aux créanciers hypothécaires du mari ou du tuteur, mais encore aux créanciers simplement chirographaires. On a cependant soutenu l'opinion contraire et prétendu que ceux-là seuls sont des tiers au point de vue de l'art. 8 de la loi de 1855 qui ont

[1] Toulouse, 8 avril 1897, *Gaz. des Trib.*, 9 oct. 1897.

[2] Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 307, 5e éd. p. 517-518; Huc, XIII, 273. — Agen, 5 mai 1858, D., 59. 2. 66, S., 59. 2. 364. — Toulouse, 19 mars 1861, D., 61. 2. 83, S., 62. 2. 280. — Montpellier, 28 juin 1868, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1152, S., 69. 2. 35. — V. *infra*, III, 1779 s.

acquis des droits réels sur les immeubles grevés [1]. Nous ne pouvons accepter cette solution. L'art. 8 de la loi de 1855 emploie l'expression de tiers dans son sens général et sans en limiter la signification. Si la loi avait voulu en restreindre la portée, elle n'aurait pas manqué d'ajouter comme dans les art. 3 et 7 : *qui ont acquis des droits sur l'immeuble*. En l'absence d'une manifestation formelle de volonté, nous devons donner à cette expression le sens étendu qu'elle comporte en matière d'hypothèques. La différence que nous établissons ainsi entre la transcription et l'inscription est, du reste, très rationnelle. La transcription n'est pas requise à l'égard des créanciers chirographaires parce qu'ils sont représentés par leur débiteur dans les actes d'aliénation qu'il consent. L'inscription est au contraire la condition essentielle et absolue de l'efficacité du droit hypothécaire à l'égard de tous. Il faut en conclure que l'hypothèque légale non inscrite dans les délai de l'art. 8 ne peut pas être opposée même aux créanciers chirographaires du mari ou du tuteur [2].

2° Que le défaut d'inscription ne peut être opposé ni par le mari, ni par le tuteur, ni par leurs héritiers. C'est une conséquence du principe que nous avons établi sur l'art. 2134 [3]. Entre les parties et leurs héritiers l'efficacité de l'hypothèque n'est subordonnée à aucune condition de publicité. La cour de Nancy en a déduit cette conséquence, que l'héritier du mari ne peut pas opposer le défaut d'inscription de l'hypothèque légale, même dans le cas où il invoque le privilège du copartageant [4].

1520. Des développements précédents, il résulte que les hypothèques légales des mineurs, des interdits et des femmes mariées sont dispensées de publicité pendant la durée de la tutelle ou du mariage et même jusqu'à l'expiration de l'année qui suit la cessation de la tutelle ou la dissolution du

(1) Lesenne, *Comment. L. 23 mars 1855*, 136; Pont, II, 836.

(2) Flandin, II, 1537 s.; Aubry et Rau, § 269, texte et note 30, 4e éd. p. 311, 5e éd. p. 521-522; Huc, XIII, 273. — Civ. cass., 17 août 1868, D., 68. 1. 398, S., 68. 1. 377. — Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113.

(3) *Supra*, II, 1438 s. — Rapp. Toulouse, 23 janv. 1903, D., 04. 2. 309.

(4) Nancy, 28 nov. 1877 (sous Cass.), D., 81. 1. 183, S., 82. 1. 13.

mariage. Tel est bien effectivement le principe. Mais il comporte des exceptions. Il est des cas dans lesquels l'inscription devient nécessaire avant l'expiration de ces délais, même pendant le mariage ou la tutelle. Ces cas sont au nombre de trois :

1° Lorsqu'à la suite d'une aliénation volontaire consentie par le tuteur ou le mari, le tiers acquéreur remplit les formalités prescrites par les art. 2193 et 2194 pour la purge des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites. Alors l'hypothèque légale doit être inscrite avant l'expiration du délai de deux mois déterminé par l'art. 2195 ;

2° Lorsque les immeubles du tuteur ou du mari sont l'objet d'une poursuite en expropriation forcée. Alors l'inscription de l'hypothèque doit être effectuée avant la transcription du jugement d'adjudication (art. 717 nouveau, dernier al. Pr. civ.) ;

3° Lorsque les immeubles du tuteur ou du mari ont été expropriés pour cause d'utilité publique. Dans ce cas, l'hypothèque doit être inscrite dans le délai de quinzaine à partir de la transcription du jugement d'expropriation. Cette règle, écrite dans l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841, n'a pas été abrogée par la loi du 23 mars 1855 en vertu du principe : *Legi speciali per generalem non derogatur.*

Toutefois, dans ces diverses hypothèses, l'inscription n'est requise que pour assurer la conservation du droit de suite. Le défaut d'accomplissement de cette formalité dans le délai de la loi laisse subsister au profit du mineur, de l'interdit et de la femme mariée le droit de préférence attaché à leur hypothèque légale. Ce sont des cas dans lesquels le droit de préférence survit au droit de suite [1].

En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, notre solution est formellement consacrée par l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841. En effet, après avoir décidé qu'à défaut d'inscription dans le délai de quinzaine l'immeuble exproprié est affranchi de tous privilèges et hypothèques de quelque nature qu'ils soient, la loi réserve cependant les droits des femmes, mineurs et interdits sur le montant de l'indemnité tant qu'elle

[1] *Infra*, III, 2228.

n'a pas été payée ou que l'ordre n'a pas été réglé définitivement entre les créanciers.

En cas d'expropriation forcée, la question était vivement controversée. La jurisprudence de la cour de cassation, après de longues hésitations, s'était prononcée en faveur des créanciers à hypothèques légales dispensées d'inscription ; elle décidait que le jugement d'adjudication ne purgeait pas ces hypothèques (1). Cette théorie avait rencontré une très vive résistance dans la doctrine (2) et avait été repoussée par de nombreux arrêts (3). La loi du 21 mai 1858 a mis un terme à ce débat. En vertu du dernier al. du nouvel art. 717 Pr. civ., les hypothèques légales qui n'ont pas été inscrites avant la transcription du jugement d'adjudication sont purgées ; néanmoins ces créanciers peuvent encore être colloqués par préférence sur le prix, pourvu qu'ils produisent dans les conditions fixées par cet article (4).

La logique nous conduit à admettre la même solution dans le cas de purge sur aliénation volontaire ; car il n'y a pas de motif pour distinguer entre ces diverses hypothèses. L'inscription de l'hypothèque n'est alors requise que pour conserver le droit de suite à l'encontre des tiers acquéreurs. L'inobservation de cette règle doit être sans influence sur la situation des créanciers dans leurs rapports respectifs ; le droit de préférence continue donc de subsister (5).

Si la purge, l'expropriation forcée, l'expropriation pour cause d'utilité publique n'avaient eu lieu qu'après l'expiration de l'année qui a suivi la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, ces créanciers seraient soumis aux

(1) Cass. ch. réun. rej., 22 juin 1833, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2201, S., 33. 1. 448. — Civ. cass., 30 juill. 1834, *J. G.*, *ibid.*, S., 34. 1. 625. — Req., 26 mai 1836, S., 36. 1. 775. — Civ. cass., 18 déc. 1839, S., 40. 1. 137. — Civ. rej., 27 mars 1844, S., 45. 1. 20.

(2) Persil, II, sur l'art. 2182, XXI ; Battur, II, 457 ; Grenier, II, 490 ; Troplong, IV, 996 ; Aubry et Rau, § 269, note 25, III, 4e éd. p. 308, 5e éd. p. 519.

(3) Civ. rej., 27 nov. 1811, S., 12. 1. 171. — Civ. rej., 21 nov. 1821, *J. G.*, eod. v°, 2200, S., 22. 1. 214. — Civ. rej., 30 août 1825, S., 26. 1. 65.

(4) Aubry et Rau, § 269, texte et note 27, III, 4e éd. p. 309, 5e éd. p. 520 ; Thézard, 215 ; Guillouard, III, 1241 ; Beudant, II, 758, 772 ; Planiol, II, 3432.

(5) Aubry et Rau, § 269, texte et note 28, III, 4e éd. p. 310, 5e éd. p. 520 ; Guillouard, III, 1241 ; Beudant, II, 754. — Civ. rej., 21 juill. 1863, D., 63. 1. 339, S., 63. 1. 489.

mêmes règles que tous les autres créanciers hypothécaires. Ils seraient donc tenus de requérir inscription de leurs hypothèques avant la transcription de l'acte d'aliénation volontaire ou du jugement d'adjudication sur expropriation forcée ou dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique (1). Faute par eux de ce faire, ils encourraient, comme un créancier hypothécaire ordinaire, la double déchéance du droit de suite et du droit de préférence, et cette dernière déchéance pourrait être invoquée, en vertu des principes que nous avons posés, par les créanciers chirographaires aussi bien que par les autres créanciers hypothécaires (2).

1521. Rappelons que la loi de 1855 soumet à la publicité les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée. Nous nous sommes déjà expliqués à ce sujet, nous nous contentons de renvoyer au commentaire que nous avons donné de l'art. 9 de la loi de 1855 complété par la loi du 13 février 1889 (3).

1522. Disposition transitoire. — On lit dans l'art. 11 al. 5 de la loi du 23 mars 1855 : « *L'inscription exigée par l'art. 8* » *doit être prise dans l'année à compter du jour où la loi* » *est exécutoire ; à défaut d'inscription dans ce délai, l'hypo-* » *thèque légale ne prend rang que du jour où elle est ulté-* » *rieurement inscrite* ». C'était une sorte de mise en demeure adressée à tous les créanciers à hypothèque légale dont l'incapacité avait alors cessé, mais dont les droits n'étaient pas encore liquidés, de prendre inscription dans le délai d'un an à dater du 1er janvier 1856, jour où la loi est devenue exécutoire (art. 10). La sanction est celle contenue dans l'art. 8 *in fine ;* elle s'applique au droit de suite aussi bien qu'au droit de préférence (4).

(1) Aubry et Rau, § 269, texte et note 29, III, 4e éd. p. 310, 5e éd. p. 520-521. — Cpr. Flandin, II, 1531. — *Contra* pour le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique Cabantous, *Rev. crit.*, 1855, VII, p. 96 et 101 ; Fons, 74.

(2) Aubry et Rau, § 269, texte et note 30, III, 4e éd. p. 310, 5e éd. p. 521-522 ; Planiol, II, 1537 et s. ; Huc, XIII, 274. — Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113. — *Contra* Lesenne, *Comment. L. 23 mars 1855*, 136.

(3) *Supra*, II, 1090 s.

(4) Aubry et Rau, § 269, texte et note 24, III, 4e éd. p. 308, 5e éd. p. 518.

N° 4. Mesures tendant à assurer autant que possible la publicité des hypothèques dispensées d'inscription.

1523. Dans l'intérêt du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, la loi a décidé que leur hypothèque légale produirait ses effets indépendamment de toute inscription. Le législateur a pensé que leur incapacité ou mieux leur état de subordination les mettait dans l'impossibilité de remplir les formalités protectrices de leurs créances. Cet intérêt sauvegardé, la loi se préoccupe du crédit immobilier qui réclame la publicité. Les prescriptions dont nous abordons le commentaire ont donc été exclusivement édictées pour avertir les tiers, comme l'ont très exactement observé Cambacérès, Tronchet et Berlier.

En conséquence, la loi prend toutes les mesures nécessaires pour assurer, autant que possible, l'inscription desdites hypothèques, sans cependant subordonner leur efficacité à l'accomplissement de cette formalité. Dans cette vue, le législateur oblige certaines personnes et en invite certaines autres à faire inscrire les hypothèques dont il s'agit (1).

La situation de ces diverses personnes diffère sensiblement. L'obligation imposée aux premières est, comme nous le verrons, sanctionnée par la loi. Il en est autrement pour les secondes, qui n'encourent jamais de ce chef aucune responsabilité (2).

1523 I. L'hypothèque étant un droit accessoire, l'inscription ne peut être requise que si l'incapable a un droit principal susceptible d'être garanti par cette sûreté. S'il est certain, démontré que celui-ci n'a aucune créance actuelle et qu'il ne peut pas en acquérir dans l'avenir, il ne saurait y avoir lieu à inscription.

L'application de ce principe à la femme séparée de corps ou de biens donne lieu à une très sérieuse difficulté. On sup-

(1) Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 311, 5e éd. p. 522; Thézard, 157; Colmet de Santerre, IX, 108 *bis*-I; Guillouard, III, 1242; Huc, XIII, 276, 280, 281; Beudant, II, 762; Planiol, II, 2991.

(2) Persil, I, sur l'art. 2139; Pont, II, 847; Aubry et Rau, § 269 texte et note 34, III, 4e éd. p. 312, 5e éd. p. 523; Guillouard, III, 1259; Huc, XIII, 276-277; Beudant, II, 763; Planiol, II, 2990 et s.

pose que ses reprises ont été liquidées, qu'elle en a reçu le paiement intégral, qu'elle n'a aucun droit éventuel et ne peut prétendre à aucun gain de survie en vertu de son contrat de mariage. Peut-il être question d'hypothèque légale ?

Oui, si la femme peut encore acquérir des créances contre son mari. Or il n'est pas douteux qu'elle puisse devenir créancière de celui-ci, notamment soit à raison d'une pension alimentaire qui lui serait accordée par justice, soit à raison de l'aliénation d'un de ses biens dans les conditions déterminées par l'art. **1450** (1).

Si la femme peut avoir une créance, cette créance est garantie par l'hypothèque légale et cette hypothèque doit pouvoir être inscrite du moment où elle existe (2). Pour qu'il en fût autrement, il faudrait un texte qui ajournât cette mesure conservatoire, comme le fait la loi du 3 septembre 1807 pour l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement de reconnaissance d'un écrit sous signature privée constatant une dette non exigible. Or nous n'avons pas de texte en notre matière. Donc l'hypothèque légale, qui garantit les créances simplement éventuelles au même titre que les créances actuelles et certaines, peut être inscrite.

Il n'est pas douteux que cette solution est de nature à compromettre les intérêts du mari. Mais elle est la conséquence des règles qui régissent l'hypothèque légale, et, tant qu'elles ne sont pas modifiées, nous sommes obligés d'appliquer les principes.

1524. La loi impose en première ligne aux maris et tuteurs l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale dont leurs immeubles sont grevés.

« *Sont toutefois les maris et les tuteurs tenus de rendre* » *publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et, à* » *cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscrip-* » *tion aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux*

(1) *Supra*, II, 1492, 1496. — Req., 20 mai 1878, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 450, S., 79. 1. 49.

(2) Lyon-Caen, *Note* dans S., 79. 1. 49-50; Guillouard, III, 1261-1262. — *Contra* Nancy, 12 mai 1869, D., 69. 2. 201, S., 69. 2. 225. — Bordeaux, 22 juill. 1869, D., 71. 2. 89, S., 70. 2. 80.

» *appartenant, et sur ceux qui pourront leur appartenir par* » *la suite* » (art. **2136** al. **1**) (1).

Cette inscription doit être prise sans délai, c'est-à-dire immédiatement après la célébration du mariage ou l'ouverture de la tutelle.

La loi dit : « *sur les immeubles à eux appartenant...* »; ce qui donnerait à penser que le mari ou le tuteur doit prendre une inscription spéciale sur chaque immeuble dont il est propriétaire. Mais il résulte de l'art. **2148** al. final, qu'il suffit de prendre une seule inscription à chaque bureau dans le ressort duquel le mari ou le tuteur possède un ou plusieurs immeubles, même pour les immeubles à venir.

1525. La loi craint que les maris et tuteurs ne soient peu disposés à remplir cette obligation; elle redoute qu'ils ne cherchent au contraire à dissimuler les charges établies sur leurs immeubles. En conséquence, elle confie à d'autres personnes le soin de suppléer à leur négligence.

En ce qui concerne l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, on trouve à côté du tuteur un subrogé tuteur spécialement appelé à le suppléer, toutes les fois que ses intérêts sont, comme dans notre hypothèse, en opposition avec ceux du pupille.

« *Les subrogés tuteurs sont tenus, sous leur responsabilité* » *personnelle et sous peine de tous dommages et intérêts, de* » *veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur* » *les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, même de* » *faire faire lesdites inscriptions* » (art. **2137**) (2).

A la différence de la loi du **11** brumaire an VII (art. **32**), qui les déclarait personnellement et solidairement responsa-

(1) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 52-54, 64-70. — Italie, *C. civ.*, art. 1982-1983. — Monaco, *C. civ.*, art. 1974. — Tessin, *C. civ.*, art. 868-870. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 61. — Maurice, Ord. n. 6 de 1880, *Ann. de législ. étr.*, XI, p. 909. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2113, 2114, 2117, 2119. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3299, 3302, 3303. — Mexico, *C. civ.*, art. 2004, 2017-2023. — Haïti, *C. civ.*, art. 1903. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2058-2063.

(2) Droit étranger, v. note précédente sur l'art. 2136. Monaco, *C. civ.*, art. 1975. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 61-3°. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3301. — V. aussi pour la sanction, Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 52, 54. — Italie, *C. civ.*, art. 1984. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2118. — Haïti, *C. civ.*, art. 1904.

bles, le code n'impose pas cette obligation aux parents et aux amis qui ont concouru à la nomination du tuteur. Il est facile de justifier cette différence. Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, la publicité était requise dans l'intérêt de l'incapable; l'inscription était la condition d'efficacité de son hypothèque. On comprend dès lors que le législateur ait multiplié le nombre des personnes chargées de requérir l'inscription; l'incapable trouvera, dans la responsabilité solidaire encourue, la garantie que lui enlève le défaut d'inscription de l'hypothèque. Au contraire, le code ordonne la publicité non pas dans l'intérêt de l'incapable qui peut toujours invoquer son hypothèque, mais dans l'intérêt des tiers, et il n'y a pas de motif pour étendre le cercle des responsabilités.

L'obligation ainsi imposée au subrogé tuteur ne s'applique d'ailleurs qu'à l'hypothèque légale qui garantit la gestion tutélaire; elle ne saurait être étendue aux autres hypothèque même légales, qui peuvent appartenir au mineur, notamment à celle dont il est investi du chef de sa mère prédécédée [1].

1526. Il était impossible de procéder de la même manière pour l'hypothèque légale de la femme mariée. Sous la plupart des régimes matrimoniaux, les pouvoirs du mari sont extrêmement étendus ; n'était la possibilité pour la femme de demander et d'obtenir la séparation de biens, nous dirions que le droit d'administration du mari est absolu. Il n'existe donc à côté de lui personne à qui la loi puisse donner la mission de faire inscrire l'hypothèque légale, comme elle l'a fait en matière de tutelle. La loi cependant a pris une dernière précaution.

1527. Elle impose en effet cette obligation au procureur de la République.

« *A défaut par les maris, tuteurs, subrogés tuteurs, de faire* » *faire les inscriptions ordonnées par les articles précédents,* » *elles seront requises par le procureur du roi près le tribunal*

[1] Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 317, 5e éd. p. 529; Guillouard, III, 1251; Huc, XIII, 277. — Douai, 18 mars 1840, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1382, S., 40. 2. 289. — Nancy, 28 février 1880, D., 81. 2. 221, S., 82. 2. 38. — *Contra* Angers, 24 janv. 1892, D., 92. 2. 212. — Cpr. Civ. rej., 6 mai 1866, D., 66. 1. 241.

» *de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du* » *lieu de la situation des biens* » (art. 2138) [1].

Cette disposition est impérative et, quoique les termes de l'art. 2138 soient moins expressifs que ceux des articles précédents, il n'est pas douteux que la loi impose une obligation. Remarquons seulement qu'il ne s'agit pas ici de sauvegarder les intérêts des incapables ; ils ne courent aucun risque ; l'efficacité de leur hypothèque est indépendante de la publicité, au moins en ce qui concerne le droit de préférence, et même, dans une certaine mesure, en ce qui concerne le droit de suite ; c'est donc dans l'intérêt des tiers que cette prescription a été édictée ; or il leur appartient de veiller à leur propre sûreté. Aussi le ministère public doit-il, en cette matière, se montrer extrêmement réservé.

Il n'en fut pas ainsi à l'origine. Quelques procureurs de la République prenaient, dans tous les cas et sans examen, inscription des hypothèques légales. D'autres ne le faisaient que dans le cas où les acquéreurs des immeubles du mari procédaient à la purge des hypothèques dispensées d'inscription. L'attention du grand juge fut appelée sur ces difficultés et par une circulaire du 15 septembre 1806, il rappela « qu'en » chargeant le ministère public de requérir d'office des ins- » criptions hypothécaires, la loi n'avait eu pour but que de » suppléer à la négligence ou à l'inaction de ceux qui doivent » ou qui peuvent prendre ces inscriptions.... ; que l'interven- » tion du ministère public est donc purement subsidiaire et » subordonnée au plus ou moins de diligence des parties, » mais qu'il importe surtout qu'il n'intervienne qu'en parfaite » connaissance de cause et qu'après s'être assuré *qu'il y a lieu* » de prendre inscription, afin de ne point exposer les parties » à des frais frustratoires, et les tiers qui auraient légitime- » ment contracté à de vaines difficultés et à des lenteurs pré- » judiciables ».

Après cette instruction confirmée par d'autres, l'art. 2138 est tombé en désuétude et il y a peu de parquets, si même il

[1] Droit étranger, V. note sur l'art. 2136, *supra*, II, p. 685, note 1. — V. aussi Monaco, *C. civ.*, art. 1976. — Mexico, *C. civ.*, art. 2004. — Haïti, *C. civ.*, art. 1905.

en existe, qui requièrent inscription des hypothèques légales. Du reste, la loi n'édicte aucune sanction, et ce nouveau motif explique comment cette disposition ne reçoit plus d'application.

1527I. Bien différente est la disposition de l'art. 692 Pr. civ. modifié par la loi du 21 mai 1858 qui, en cas de saisie immobilière, impose au ministère public, dans l'opinion générale (1), l'obligation rigoureuse de faire inscrire l'hypothèque légale des incapables. Il est donc tenu d'en requérir l'inscription, même s'il ignore l'existence d'une créance, même s'il s'agit de l'hypothèque légale d'une femme mariée et que celle-ci s'y oppose et prend, envers le poursuivant, l'engagement de ne pas se prévaloir de son hypothèque. Le texte est formel.

Cependant cette obligation ne semble être qu'une obligation purement morale (2) et il est difficile d'admettre qu'elle puisse être sanctionnée par une condamnation à des dommages-intérêts (3).

1528. Est-il besoin d'ajouter que les représentants du ministère public sont seuls investis du droit de faire inscrire ces hypothèques? La loi n'attribue pas aux conservateurs des hypothèques la même faculté (4). En principe, ils obéissent aux réquisitions des parties; ils ne peuvent pas agir de leur propre mouvement. Pour les autoriser à prendre une inscription d'office, il faudrait un texte formel, comme l'art. 2108 pour le privilège du vendeur. Dans le silence de la loi, ils ne peuvent pas prendre inscription des hypothèques légales dispensées d'inscription.

(1) Chauveau sur Carré, V, 1er partie, Quest. 2333 *terdecies;* Boitard, Colmet-Daage et Glasson, II, 943; Seligmann, sur l'art. 692, n. 30; Aubry et Rau, § 269, note 31, III, 4e éd. p. 312, 5e éd. p. 523; Ollivier et Mourlon, 153 s.; Garsonnet et Cézar-Bru, IV, § 1560, texte et note 16; Guillouard, III, 1254; déclaration de M. de Parieu; *Circulaire du ministre de la justice du 2 mai 1859* (D., 59. 3. 25 s.). — *Contra* Grosse et Rameau, L. 21 mai 1858, n. 59 s.

(2) V. not. Seligmann, 37; Garsonnet et Cézar-Bru, I, § 193, 195, IV, § 1562.

(3) V. cep. en ce dernier sens Olivier et Mourlon, 54.

(4) Persil, I, sur l'art. 2138, II; Pont, II, 844; Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 312, 5e éd. p. 523; Thézard, 157; Guillouard, III, 1255; Planiol, II, 2992; *Circulaire du ministre de la justice du 15 septembre 1808* rapportée par Persil, *loc. cit.*

Toutefois l'inscription prise par le conservateur n'est pas frappée de nullité; les tiers ont seulement le droit d'en demander la radiation.

1529. L'inscription de l'hypothèque légale doit être requise avec toute l'étendue qu'elle comporte suivant les circonstances. En principe, les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit sont générales. L'inscription doit en être faite dans les mêmes termes et conformément à l'art. 2153. Mais, générale dans son principe, l'hypothèque peut avoir été restreinte par le contrat de mariage, par l'acte de nomination du tuteur ou réduite pendant le mariage ou la tutelle. L'inscription tiendra compte de ces événements. Si l'hypothèque a été spécialisée, « *le mari, le* » *tuteur et le subrogé tuteur ne seront tenus de requérir ins-* » *cription que sur les immeubles indiqués* » (art. 2142). Cet article ne prévoit, il est vrai, que le cas où l'hypothèque a été restreinte à l'époque de sa naissance; mais sa règle doit être étendue à l'hypothèse de la réduction effectuée pendant le mariage ou la tutelle. Il y a même raison de décider. Si, au contraire, on avait procédé par voie d'exclusion en désignant limitativement les immeubles qui seraient soustraits à l'hypothèque légale, l'inscription devrait être requise avec toute sa généralité, mais on y indiquerait les immeubles affranchis de cette charge [1].

1530. L'al. 2 de l'art. 2136 établissait une sanction sévère contre le mari ou le tuteur, qui négligerait de faire inscrire l'hypothèque légale dont ses biens sont grevés :

« *Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et* » *de faire faire les inscriptions ordonnées par le présent arti-* » *cle, auraient consenti ou laissé prendre des privilèges ou des* » *hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément* » *que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale* » *des femmes et des mineurs, seront réputés stellionnataires, et* » *comme tels, contraignables par corps* » [2].

[1] Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 317, 5e éd. p. 529; Colmet de Santerre, IX, 113; Guillouard, III, 1251.

[2] Droit étranger, V. note sur l'art. 2136 al. 1, *supra*, p. 685, note 1. — V. aussi Grèce, L. 11 août 1836, art. 61 *in fine*. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3300.

L'art. 2136 est une aggravation du droit commun. D'après l'art. 2059, le stellionat suppose nécessairement une *déclaration* contraire à la vérité ; l'art. 2136 se contente d'une simple *réticence*. La sanction de la loi est donc particulièrement sévère. Par conséquent sa disposition doit être interprétée de la manière la plus restrictive.

La détermination précise du sens de cette disposition présentait une très grande importance à l'époque où la contrainte par corps existait en matière civile ; car cette sanction rigoureuse était attachée au stellionat ; l'art. 2059 le dit et l'art. 2136 le répète. Depuis que la contrainte par corps a été abolie en matière civile par la loi du 22 juillet 1867, la sanction principale du stellionat en général et de l'art. 2136 al. 2 en particulier a disparu, et l'intérêt de notre question a ainsi considérablement diminué, sans cependant disparaître tout à fait ; car il reste encore dans nos lois quelques dispositions rigoureuses à l'endroit des stellionataires. (V. not. art. 905 Pr. civ. et art. 540 C. co.) (1).

1531. L'art. 2136 prévoit le cas où le mari ou le tuteur a consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques ; il est donc étranger à l'hypothèse où le mari ou le tuteur vend un immeuble grevé de l'hypothèque légale sans prévenir l'acquéreur de l'existence de cette hypothèque.

Ce n'est pas à dire cependant que les maris ou les tuteurs ne pourront pas alors être stellionataires, seulement on ne pourra pas invoquer contre eux l'art. 2136 ; c'est en vertu des règles du droit commun de l'art. 2059, qu'on décidera s'il y a stellionat. Notamment les maris ou tuteurs qui présenteraient comme libres des biens grevés de l'hypothèque légale seraient stellionataires (art. 2059) (2). Mais il serait impossible de se prévaloir contre eux de l'art. 2136 et de considérer une simple

(1) Cpr. Lyon-Caen et Renault, VIII, 727 ; Beudant, II, p. 210, note 1.

(2) Pont, II, 849 ; Aubry et Rau, § 269, texte et note 40, III, 4e éd. p. 314, 5e éd. p. 525 ; Colmet de Santerre, IX, 108, 108 *bis*-IV ; Guillouard, III, 1246 ; Huc, XIII, 276. — Civ. rej., 25 juin 1817, *J. G.*, v° *Contrainte par corps*, 156, S., 18. 1. 13. — Rapp. Agen, 8 avril 1813, *J. G.*, eod. v°, 154, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV. 2. 288. — Bordeaux, 9 juil. 1830, *J. G.*, eod. v°, 171, S., 30. 2. 361. — Req., 7 janv. 1863, D., 63. 1. 242, S., 63. 1. 175.

réticence comme constitutive du stellionat [1]. La différence que la loi a établie entre ces deux hypothèses se justifie facilement. L'acquéreur peut, avec un peu de vigilance et de prudence, échapper à tous les dangers. Il lui suffit de ne payer son prix qu'après avoir procédé à la purge des hypothèques légales. Il en est autrement pour un prêteur. Le silence gardé sur l'existence de l'hypothèque légale peut avoir pour lui des conséquences funestes, qu'il n'a aucun moyen légal de prévenir. Le jour où l'immeuble sera réalisé, il verra apparaître l'hypothèque légale avec son droit de préférence ; le prix de son gage sera absorbé en totalité ou en partie ; sa sûreté deviendra insuffisante ; il sera exposé à perdre sa créance. C'est pour le mettre à l'abri de ce danger qu'a été édicté l'art. **2136**. C'est pourquoi la loi a limité cette disposition au cas où le mari ou le tuteur a consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques et ne l'a pas étendue au cas de vente [2].

1532. L'art. **2136** ne s'applique qu'au mari ou au tuteur qui a *consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques*. Ce membre de phrase est extrêmement obscur. On s'explique facilement les mots *consentir des hypothèques*. Ainsi un tuteur, qui n'a pas fait inscrire l'hypothèque légale dont ses biens sont grevés au profit de son pupille, consent une hypothèque sur ces mêmes biens en faveur d'un de ses créanciers, sans le prévenir que cette hypothèque sera primée par celle de son pupille. Pour cette simple réticence, et alors même qu'il n'aurait commis aucun dol, le tuteur tombe sous le coup de notre article. Il est stellionataire.

Mais il faut se mettre l'esprit à la torture pour expliquer les mots *consenti... des privilèges, laissé prendre des privilèges ou des hypothèques*. D'une part, on ne consent pas de privilèges ; les privilèges sont établis par la loi et fondés sur la qualité de la créance ; on ne conçoit guère comment la

(1) V. cep. Civ. cass., 20 nov. 1826, *J. G.*, v° *Contrainte par-corps*, 170, S., 27. 1. 170. — En fait, l'arrêt est exactement rendu ; l'acte de vente renfermait une clause par laquelle l'immeuble vendu était déclaré libre de toute hypothèque. — Rapp. Riom, 5 mai 1813, *J. G.*, eod. v°, 156.

(2) Grenier, I, 264 à la note ; Duranton, XX, 42 ; Coin-Delisle, *Contrainte par corps*, sur l'art. 2059, n. 15 ; Troplong, *Contrainte par corps*, 71 s. ; F. Berriat-Saint-Prix, *Rev. crit.*, 1856, VIII, p. 552 à la note.

réticence du mari ou du tuteur peut nuire au créancier privilégié, puisqu'il sera préféré aux créanciers hypothécaires du même débiteur. D'un autre côté, on ne s'explique pas comment le mari ou le tuteur sera stellionataire parce qu'il aura *laissé prendre des hypothèques*. Ces expressions ne peuvent viser que les hypothèques légales ou judiciaires. Dans l'une et l'autre alternative, il semble impossible d'appliquer l'art. 2136. Comment le mari pourrait-il être stellionataire parce que, nommé comptable de deniers publics, il n'aura pas déclaré à l'Etat l'hypothèque légale dont ses immeubles sont grevés du chef de sa femme? Comment serait-il stellionataire, parce qu'il aura gardé le même silence à l'égard du tiers qui obtient contre lui un jugement de condamnation? De ces prémisses on conclut non seulement, ce qui est juste, que l'art. 2136 est étranger à l'établissement d'hypothèques judiciaires (1) ou de nouvelles hypothèques légales sur les biens du mari ou du tuteur, mais, ce qui ne nous paraît plus exact, que cette disposition doit être restreinte aux hypothèques conventionnelles consenties sur les immeubles déjà grevés de l'hypothèque légale. Pour justifier cette déduction, on invoque en outre l'art. 2194, qui, se référant à l'hypothèse prévue par notre article, ne parle que des hypothèques *consenties* par les maris et tuteurs (2).

Nous ne pouvons admettre cette interprétation, parce qu'elle supprime purement et simplement une partie du texte. Elle le déclare absolument inapplicable aux privilèges; elle efface les mots : *laissé prendre des hypothèques*. Il faut donc chercher une autre interprétation. Voici l'explication généralement admise. Un mari ou un tuteur vend à crédit un immeuble grevé de l'hypothèque légale, et acquiert ainsi le privilège du vendeur, privilège qui est primé par l'hypothèque légale dont tous ses biens sont grevés; puis il reçoit le paiement du prix d'un tiers qu'il subroge dans son privilège, et il consent cette subrogation sans prévenir le subrogé que le privilège

(1) *Contra* Duranton, XX, 48-49.

(2) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscrip. hyp.*, § 3, n. 14; Persil, I, sur l'art. 2136, III; Taulier, VII, p. 314; Rolland de Villargues, v° *Insc. hyp.*, § 2, n. 22; Troplong, II, 633 *bis*.

qu'il lui transmet est primé par l'hypothèque légale. Le mari ou le tuteur a *consenti*, ou plus exactement *laissé prendre* au subrogé un privilège inefficace, sans déclarer la cause de cette inefficacité ; il est stellionataire. Même solution si un mari ou un tuteur, ayant constitué sur ses biens pour la garantie d'une créance une hypothèque conventionnelle qui est primée par l'hypothèque légale de la femme ou de son pupille, emprunte de l'argent pour payer le créancier hypothécaire et subroge le prêteur dans l'hypothèque du créancier désintéressé, sans le prévenir de l'existence de l'hypothèque légale qui le primera. Ici le mari a, non pas *consenti*, mais *laissé prendre* une hypothèque sur ses biens, sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale ; il sera encore stellionataire [1].

1533. La loi subordonne l'existence du stellionat à deux conditions. Il faut : 1° que les maris et tuteurs aient manqué de requérir et de faire faire les inscriptions des hypothèques légales grevant leurs immeubles ; 2° qu'ils n'aient pas déclaré expressément, au moment où ils consentaient ou laissaient prendre des privilèges ou des hypothèques, que leurs immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs. Ces deux conditions sont cumulativement exigées par la loi. Si l'une d'elles fait défaut, il n'y a pas stellionat. C'est une conséquence des principes : le stellionat est un délit et en cette matière tout est de la plus stricte interprétation. Cette solution du reste se justifie sans peine au point de vue de l'équité. La loi a voulu, par ce moyen, protéger les tiers contre les fraudes dont ils pourraient être les victimes. Ce danger n'est plus à craindre, lorsque l'existence de l'hypothèque légale leur est révélée soit par une inscription régulièrement prise, soit par une déclaration expresse.

Il en est ainsi d'abord lorsqu'il existe une inscription sur le registre du conservateur des hypothèques. Le tiers a eu alors connaissance de l'hypothèque, ou il a dû en avoir connaissance. Il ne peut alléguer aucun dol. Il importerait peu d'ailleurs que l'inscription eût été prise par le mari, le tuteur

[1] Pont, II, 850 ; Aubry et Rau, § 269, texte et note 37 et 38, III, 4e éd., p. 313-314, 5e éd. p. 524-525 ; Colmet de Santerre, IX, 108 *bis*-VI ; Guillouard, III, 1245. — Cpr. Beudant, II, p. 209, note 1.

ou toute autre personne autorisée par la loi. Il suffisait de consulter le registre des hypothèques pour être averti. Celui qui a traité avec le mari ou le tuteur sans le faire a manqué de vigilance. Il portera la peine de sa négligence.

A défaut d'inscription, la loi se contente d'une déclaration expresse ; mais cette déclaration doit porter sur l'existence de l'hypothèque légale ; il ne suffit pas que le mari et le tuteur déclarent leur qualité de mari ou de tuteur ; le texte est formel ; les tiers pourraient être induits en erreur ; ils ont pu croire que les immeubles hypothéqués étaient affranchis de l'hypothèque légale par l'effet d'une restriction ou d'une réduction. Cela suffit pour justifier l'application de l'article (1).

Les maris et tuteurs ne seraient pas admis à prétexter de leur ignorance des dispositions de la loi. *Nemo jus ignorare censetur*. L'erreur qu'ils auraient alors commise serait une erreur grossière ; ils ne peuvent pas l'alléguer pour justifier de leur bonne foi (2). Mais s'ils avaient eu de justes motifs ou tout au moins des raisons plausibles de croire que l'immeuble était affranchi de l'hypothèque légale, ils ne sauraient être réputés stellionataires ; le stellionat est un délit et tout délit implique la mauvaise foi (3).

1534. La disposition de l'art. 2136 est rigoureuse ; la loi a voulu prévenir la fraude ; elle n'offre aux tuteurs et aux maris qui n'ont pas fait inscrire l'hypothèque légale qu'un seul moyen d'échapper à sa sanction sévère ; c'est de faire dans l'acte une déclaration expresse ; sinon, ils seront réputés stellionataires. Des auteurs en concluent qu'il n'y a pas lieu de se préoccuper du préjudice, ni de la connaissance que

(1) Pont, II, 850 ; Aubry et Rau, § 269, texte et note 41, III, 4e éd. p. 314, 5e éd. p. 526. — Cpr. Poitiers, 29 déc. 1830, *J. G.*, v° *Contrainte par corps*, 158, S., 31. 2. 264.

(2) Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 314, 5e éd. p. 526 ; Guillouard, III, 1246. — Civ. cass., 20 nov. 1826, *J. G.*, eod. v°, 170, S., 27. 1. 170. — Bordeaux, 15 mars 1833, *J. G.*, *eod. loc.*, S., 33. 2. 364. — Paris, 27 nov. 1835, *J. G.*, *eod. loc.*, S., 36. 2. 164.

(3) Troplong, *Contrainte par corps*, 63, 64 ; Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 314, 5e éd. p. 526 ; Pont, II, 855 ; Guillouard, III, 1246. — Civ. rej. (sur ce point), 21 fév. 1827, *J. G.*, v° *Faillite*, 1093, S., 27. 1. 336. — Montpellier, 1er août 1840 (sous Civ. rej., 26 juin 1844), *J. G.*, v° *Contrainte par corps*, 171-3°, S., 45. 1. 77.

le tiers aurait pu avoir par une autre voie de l'existence de l'hypothèque [1].

Cette opinion n'a pas été consacrée par la jurisprudence et est contestée dans la doctrine [2]. S'il s'agissait d'un délit pénal, c'est-à-dire d'un fait réprimé en lui-même et en raison de son immoralité, la théorie que nous venons d'exposer serait très certainement fondée. Mais le fait prévu par l'art. 2136 consiste dans une simple réticence; il ne constitue qu'un délit civil; il est réprimé non à raison de la perversité de son auteur, mais à raison du préjudice qu'il peut causer à autrui. Il n'y a en jeu que des considérations d'intérêt privé. Or, lorsque le tiers qui traite avec le mari ou le tuteur a eu, personnellement et par une voie quelconque, connaissance de l'existence de l'hypothèque légale, la conduite du mari ou du tuteur ne lui cause aucun préjudice dont il lui soit dû réparation. *Scienti et volenti non fit injuria.*

Donc il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 2136; le mari et le tuteur ne sont pas réputés stellionataires. Sous une autre forme nous dirons avec Aubry et Rau : « Il ne faut d'ail-
» leurs pas perdre de vue que la contrainte par corps pro-
» noncée par l'art. 2136 est bien moins attachée à la créance
» même du tiers avec lequel le mari ou le tuteur a contracté,
» qu'aux dommages-intérêts qui peuvent lui être dus en cas
» de non-paiement de sa créance, et nous comprendrions dif-
» ficilement que l'on reconnût à celui qui a traité en parfaite
» connaissance d'une hypothèque légale, un droit quelconque
» à des dommages-intérêts à raison du défaut de déclaration
» expresse de cette hypothèque ».

Il ne faut pas oublier toutefois que l'art. 2136 établit une présomption légale : *sont réputés stellionataires.* Si cette présomption légale admet, comme nous venons de le dire, la preuve contraire, parce qu'elle n'est pas de celles que l'art.

(1) Persil, I, sur l'art. 2136, III; Troplong, II, 633; Duranton, XX, 45; Pont, II, 854.

(2) Aubry et Rau, § 269, texte et note 44, III, 4e éd. p. 315, 5e éd. p. 526-527; Guillouard, III, 1247; Huc, XIII, 276. — Civ. rej., 26 juin 1845, *J. G.*, vo *Contrainte par corps*, 171, S., 45. 1. 77. — Cpr. Civ. rej., 25 juin 1817, *J. G.*, eod. vo, 156, S., 18. 1. 13.

1352 déclare irréfragables, les magistrats n'en doivent pas moins se montrer très sévères dans l'appréciation des moyens de défense invoqués par les maris et tuteurs.

Pour le même motif, le mari serait à l'abri de ces poursuites, si la femme offrait de subroger le tiers dans les effets de son hypothèque légale et n'avait consenti aucune subrogation antérieure au profit d'autres créanciers. Elle ferait ainsi cesser le dommage. Le but de la loi serait atteint, sans qu'il fût nécessaire de recourir à la sanction de l'art. 2136 (1).

1535. L'obligation imposée au subrogé tuteur de requérir l'inscription de l'hypothèque légale dans un délai moral laissé à l'appréciation du juge (2) est sanctionnée par l'art. 2137, qui édicte *sa responsabilité personnelle*. Il est donc passible d'une condamnation à des dommages-intérêts. Les termes de la loi sont vagues; ils n'indiquent pas les personnes envers lesquelles le subrogé tuteur est responsable. Il en résulte que tous ceux auxquels le défaut d'inscription de l'hypothèque légale du mineur cause un préjudice ont le droit d'agir contre le subrogé tuteur.

C'est au premier rang le mineur (3). Il semble cependant difficile que l'abstention du subrogé tuteur puisse lui causer un préjudice. En effet, son hypothèque est dispensée d'inscription; elle conserve même son efficacité pendant une année à partir de la cessation de la tutelle, quoiqu'elle n'ait pas été rendue publique. Par conséquent, la négligence du subrogé tuteur ne prive le mineur d'aucun des avantages attachés à son hypothèque ; l'absence d'inscription ne lui nuira qu'à une époque où il aura pu veiller lui-même à ses intérêts et eu le loisir de prendre des mesures conservatoires, c'est-à-dire à une époque où la mission du subrogé tuteur aura pris fin et où la responsabilité de celui-ci ne peut plus être engagée. L'observation est parfaitement exacte; il est

(1) Duranton, XX, 43; Pont, II, 856; Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 316, 5e éd. p. 527. — V. cep. Paris, 12 déc. 1816, S., 17. 2. 228.

(2) Aubry et Rau, § 269, texte et note 46, III, 4e éd. p. 316, 5e éd. p. 527-528.

(3) Pont, II, 859; Aubry et Rau, § 269, texte et note 47, III, 4e éd. p. 316, 5e éd. p. 528; Colmet de Santerre, IX, 109 *bis*-I; Thézard, 157; Guillouard, III, 1248; Huc, XIII, 278; Beudant, II, p. 215, note 2; Planiol, II, 2993. — V. cep. Persil, I, sur l'art. 2137; Troplong, II, 633 *ter*.

certain que dans ces cas il ne peut être question d'une allocation de dommages-intérêts. Mais il existe, nous l'avons vu, des hypothèses dans lesquelles l'hypothèque légale du mineur doit être inscrite pendant la durée de la tutelle. Alors la négligence du subrogé tuteur peut devenir pour celui-là la cause d'un préjudice; une condamnation à des dommages-intérêts peut être prononcée en vertu de l'art. **2137** (1).

1536. La responsabilité du subrogé tuteur peut également être engagée envers les tiers. Car c'est surtout dans leur intérêt que la loi lui a imposé l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale du mineur (2). L'observation que nous venons de présenter en est la meilleure preuve.

Il en est certainement ainsi pour les créanciers qui, dans l'ignorance de l'hypothèque légale, ont stipulé à leur profit la garantie d'une hypothèque. La survenance du mineur, qui exerce son hypothèque légale et les prime, leur enlève en totalité ou en partie le gage sur la foi duquel ils avaient consenti à traiter et les expose à ne pas être désintéressés. Ils éprouvent un préjudice dont réparation leur est due; le subrogé tuteur est responsable (3).

Il en serait autrement pour les créanciers chirographaires. D'une part, il leur est impossible de prouver qu'ils n'auraient pas contracté avec le tuteur sans exiger des garanties personnelles ou réelles, s'ils avaient eu connaissance de sa qualité et de l'hypothèque qui en est la conséquence. D'autre part, nous ne pouvons croire que le législateur ait entendu soumettre le subrogé tuteur à une responsabilité aussi étendue. Le rapprochement des art. **2137** et **2136** nous porte à

(1) Paris, 26 fév. 1891, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1115.

(2) Req., 12 déc. 1898, D., 99. 1. 305 (*Note* de M. Guénée), S., 99. 1. 333.

(3) Persil, I, sur l'art. 2137; Troplong, II, 633 *ter;* Taulier, VII, p. 316; Pont, II, 860; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 190, § 806, texte et note 9; Aubry et Rau, § 269, texte et note 48, III, 4e éd. p. 316, 5e éd., p. 528; Colmet de Santerre, IX, 109 *bis*-II; Thézard, 157; Guillouard, III, 1249; Huc, XIII, 278; Beudant, II, p. 215 note 2; Planiol, II, 2993. — Nancy, 28 fév. 1880 (motifs), D., 81. 2. 221, S., 82. 2. 38. — Angers, 19 janv. 1892, D., 92. 2. 212 et sur pourvoi Req., 15 nov. 1892, et le rapport de M. le conseiller George-Lemaire, D., 93. 1. 37, S., 93. 1. 145. — Grenoble, 14 mai 1895, D., 95. 2. 303, S., 96. 2. 111. — Req., 23 déc. 1895, D., 96. 1. 481 (*Note* de M. Guénée), S., 96. 1. 181. — Req., 12 déc. 1898, D., 99. 1. 305, S., 99. 1. 333. — Cpr. *Note* dans S., 93. 1. 145.

penser qu'ils ont été édictés l'un et l'autre en vue de la même hypothèse. Le tuteur n'est réputé stellionataire que lorsqu'il consent des hypothèques ; il n'encourt pas les peines du stellionat lorsqu'il ne contracte que des dettes chirographaires. N'est-il pas vraisemblable que la responsabilité du subrogé tuteur n'est engagée que dans la même hypothèse, c'est-à-dire à l'égard des créanciers hypothécaires du tuteur (1)?

La généralité des termes de l'art. **2137** nous détermine à en appliquer la disposition à l'acquéreur des immeubles du tuteur, si ce dernier n'a pas dans l'acte d'aliénation déclaré l'existence de l'hypothèque légale. Sans doute, il pouvait se mettre à l'abri de tout danger en remplissant les formalités prescrites par les art. **2193** et **2194** pour la purge des hypothèques non inscrites. Mais cette circonstance n'empêche pas que l'hypothèque légale du mineur n'a pas été portée à sa connaissance, comme le voulait la loi, que le subrogé tuteur n'a pas accompli l'obligation à lui imposée par le législateur, que cette négligence a pu être la source d'un préjudice pour l'acquéreur, que réparation de ce dommage lui est due et que la responsabilité du subrogé tuteur est engagée. Tout au plus les magistrats devront-ils, dans la fixation des dommages-intérêts, tenir compte du défaut de vigilance de l'acquéreur qui n'a pas procédé à la purge (2).

Ainsi le subrogé tuteur est responsable du préjudice que cause aux tiers l'ignorance dans laquelle les a laissés le défaut d'inscription de l'hypothèque légale du mineur. Il résulte de là que la responsabilité du subrogé tuteur ne saurait être engagée dans le cas où les tiers avaient connaissance, au moment où ils contractaient avec le tuteur, de l'existence de cette hypothèque légale (3). La négligence du subrogé tuteur n'est pas alors la source d'un préjudice pour les tiers; l'existence de l'inscription n'aurait rien ajouté à leur connaissance.

(1) Pont, Massé et Vergé, Aubry et Rau, Guillouard, Huc, *opp.* et *locc. citt.*

(2) Aubry et Rau, § 269, note 48, III, 4e éd. p. 316, 5e éd. p. 528; Thézard, 157; Guillouard, III, 1249; Huc, XIII, 278. — Req., 12 décembre 1898, D., 99. 1. 305, S., 99. 1. 333. — Cpr. Grenoble, 14 mai 1895, D., 95. 2. 303, S., 96. 2. 111.

(3) Aubry et Rau, § 269, texte et note 49, III, 4e éd. p. 316, 5e éd. p. 528-529; Guillouard, III, 1252; Huc, XIII, 278. — Nancy, 28 fév. 1880, D., 81. 2. 221, S., 82. 2. 38.

Ainsi entendu, et nous croyons que telle est sa portée, l'art. 2137 fait peser sur la tête du subrogé tuteur une responsabilité très rigoureuse et même peu rationnelle (1); elle peut être extrêmement lourde. Il n'est plus seulement chargé de surveiller dans l'intérêt du mineur la gestion du tuteur, il nous apparaît comme un fonctionnaire investi de la confiance de la loi et chargé par elle d'une mission spéciale dans l'intérêt des tiers, c'est-à-dire dans l'intérêt du crédit public (2).

Les tribunaux sont, en conséquence, portés à admettre certains tempéraments dans l'appréciation de cette responsabilité. Ainsi ils exigent, avec raison, que le subrogé tuteur soit en faute. S'il ne savait pas que le tuteur possédât des immeubles, s'il lui était très difficile, presque impossible de connaître les acquisitions par lui faites, si, par exemple, il s'agissait d'immeubles acquis à une très grande distance du lieu d'ouverture de la tutelle ou du domicile du subrogé tuteur, le défaut d'inscription de l'hypothèque légale ne saurait servir de fondement à une condamnation à des dommages-intérêts (3).

Les juges admettent aussi une répartition, lorsque les deux parties sont en faute (4).

1537. Sous l'empire des mêmes considérations, la loi accorde à certaines personnes la faculté de faire inscrire l'hypothèque légale. Nulle obligation ne leur est imposée; par suite, elles n'encourent jamais aucune responsabilité (5).

« *Pourront les parents, soit du mari, soit de la femme, et* » *les parents du mineur, ou, à défaut de parents, ses amis,* » *requérir lesdites inscriptions; elles pourront aussi être*

(1) V. Tissier, *Rev. crit.*, 1899, *Nouv. sér.*, XXVIII, p. 610.

(2) Cons. à ce sujet les rapports faits au nom des cours d'appel de Douai, Paris, Pau, Rennes et de la Faculté de droit de Dijon, *Documents relatifs au régime hypothécaire*, II, p. 240, 319, 323, 348 et 395.

(3) Planiol, II, 2993. — V. une application de cette idée dans un arrêt de la cour de Paris du 30 avril 1894 et sur pourvoi Req., 23 déc. 1895, D., 96. 1. 481, S., 96. 1. 181.

(4) Planiol, II, 2993. — Nancy, 28 fév. 1880, D., 81. 2. 221, S., 82. 2. 38. — Grenoble, 14 mai 1895, D., 95. 2. 303, S., 96. 2. 111. — Req., 12 déc. 1898, D., 99. 1. 305, S., 99. 1. 333.

(5) *Contra* L. 11 brumaire an VII, art. 41.

» *requises par la femme et par les mineurs* » (art. **2139**) [1].

Le tableau suivant indique ces personnes.

Hypothèque légale de la femme mariée.	*Hypothèque légale du mineur.*
1° La femme elle-même, sans qu'elle ait besoin d'aucune autorisation [2] et sans qu'elle y soit jamais tenue [3]	1° Le mineur;
2° Les parents du mari ;	2° Les parents du mineur ;
3° Les parents de la femme.	3° Les amis du mineur, mais à défaut de parents seulement.

En comparant les deux parties de ce tableau, on voit : d'une part, que l'inscription peut être prise par les parents du mari, qui sont des alliés de la femme, mais non par ceux du tuteur, s'ils ne sont pas en même temps parents du mineur ; d'autre part, que la loi parle des amis du mineur, mais non de ceux de la femme, qui se trouvent ainsi exclus. On a craint sans doute que l'immixtion d'un ami de la femme dans les affaires de celle-ci n'eût un caractère blessant pour le mari.

1538. De là résulte l'irrégularité de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme lorsqu'elle a été requise par une personne étrangère à la famille, à moins qu'elle n'ait agi en vertu d'un mandat de la femme ou du mari [4]. Ce dernier aurait donc le droit de poursuivre la radiation de l'inscription qui aurait été faite dans ces conditions [5]. La cour de cassation a cependant subordonné l'exercice de ce droit à la condition de la justification par le mari que l'inscription a été prise par une personne sans qualité [6]. Nous croyons que

[1] Droit étranger, *supra*, II, p. 685, note 1. — V. aussi Monaco, *C. civ.*, art. 1977. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1217. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2087, 2119. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3304. — Mexico, *C. civ.*, art. 2004. — Haïti, *C. civ.*, art. 1906.

[2] Pont, II, 846 ; Guillouard, III, 1260. — Paris, 31 août 1810, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1383, S., 17. 2. 397.

[3] Riom, 16 mars 1882, D., 83. 2. 35.

[4] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 2, n. 17 ; Persil, I, sur l'art. 2139 ; Pont, II, 845 ; Aubry et Rau, § 269, III, 4e éd. p. 312, 5e éd. p. 523 ; Guillouard, III, 1256 ; Beudant, II, p. 211, note 2. — Caen, 8 mai 1839, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1386, S., 39. 2. 329. — Civ. cass., 4 août 1874, D., 75. 1. 163, S., 74. 1. 462.

[5] Pont, II, 801 ; Aubry et Rau, § 270, texte et note 18, III, 4e éd. p. 321, 5e éd. p. 535 ; Guillouard, III, 1257 ; Huc, XIII, 281 ; Beudant, II, 766. — Cpr. cep. Req., 2 juin 1858, D., 58. 1. 249.

[6] Req., 29 juin 1870, et le rapport de M. le conseiller Alméras Latour, D., 71. 1.

cette doctrine renverse les rôles. C'est à la femme ou à ses représentants à justifier de la régularité de l'inscription ; ce n'est pas au mari qu'incombe la charge de prouver qu'elle a été requise par une personne sans qualité. Sans doute, le mari est obligé par la loi de faire inscrire l'hypothèque légale de sa femme ; mais le législateur lui laisse la faculté d'y pourvoir à sa convenance ; et on ne saurait déduire de cette obligation une fin de non recevoir contre la demande en radiation (1). La cour suprême a donné de la loi une interprétation plus exacte dans un arrêt du 4 août 1874 (2). Elle y décide formellement que l'hypothèque légale de la femme ne peut être inscrite sur la réquisition d'une personne étrangère à la famille de l'un ou de l'autre époux. Elle va même plus loin. Elle admet que ce fait peut servir de fondement à une demande de dommages-intérêts dirigée par le mari contre l'auteur de la réquisition.

L'irrégularité de l'inscription peut être constatée et sa radiation ordonnée sur la demande des parties intéressées, notamment des tiers acquéreurs des immeubles, sur lesquels l'inscription a été prise.

225, S., 71. 1. 29. — La réquisition d'inscription portait, dans l'espèce, une signature illisible.

(1) Huc, XIII, 281.

(2) Civ. cass., 4 août 1874, D., 75. 1. 163, S., 74. 1. 462. — *Sic* Guillouard, III, 1258.

TROISIÈME PARTIE (CHAP. IV, V ET VI DU CODE)

RÈGLES COMMUNES AUX PRIVILÈGES IMMOBILIERS ET AUX HYPOTHÈQUES

1539. Les privilèges immobiliers doivent être rendus publics (art. 2106) ; il en est de même des hypothèques (art. 2134). A cette condition seulement ils deviennent efficaces à l'égard des tiers. Rappelons brièvement des principes déjà posés [1]. Cette publicité est réalisée au moyen d'une inscription prise sur le registre du conservateur des hypothèques ; cette inscription, empruntée par les rédacteurs du code à la loi du 9 messidor an III (art. 19) et à la loi du 11 brumaire an VII (art. 16), a remplacé le système des oppositions organisé par l'édit de 1673. Les tiers pourront, en demandant un état des inscriptions, acquérir la connaissance des charges établies sur les immeubles qu'ils acquièrent ou qui deviennent, par la convention, leur gage spécial. Ainsi, le crédit immobilier se trouve fondé sur une base solide. Les fraudes sont déjouées et la sécurité des transactions est assurée.

L'inscription est le seul mode de publicité admis par la loi. Elle ne saurait être remplacée par la connaissance que les tiers auraient acquise, par une autre voie quelconque, de l'existence des privilèges ou des hypothèques. Ceux-ci ont donc, malgré cela, le droit de se prévaloir de l'absence d'inscription et de soutenir que le privilège ou l'hypothèque est destitué de toute efficacité à leur égard. Les formalités ne se suppléent pas. Il en est cependant autrement dans le cas de dol et de fraude. Le fait illicite, dont les parties se seraient alors rendues coupables, les oblige à réparer le préjudice causé, et la meilleure réparation consiste évidemment dans l'impossibilité d'opposer le défaut d'inscription ; elle est adéquate au dommage. Rien ne s'opposerait aussi à ce qu'un

[1] *Supra*, II, 1441.

tiers averti par son co-contractant de l'existence d'un privilège ou d'une hypothèque non inscrit renonçât à se prévaloir de cette absence d'inscription. Il n'y a en jeu que des intérêts privés : on applique la règle *Unusquisque potest juri in favorem suum introducto renuntiare* (1).

L'importance de cette formalité explique le soin avec lequel le législateur en a réglementé l'accomplissement.

CHAPITRE PREMIER

EN QUEL LIEU ET EN QUEL TEMPS L'INSCRIPTION DOIT ÊTRE PRISE

§ I. *En quel lieu.*

1540. « *Les inscriptions se font au bureau de conservation* » *des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés* » *les biens soumis au privilège ou à l'hypothèque* » (art. **2146** al. **1**) (2).

La loi centralise dans un bureau unique toutes les inscriptions relatives au même immeuble. C'est le seul moyen de rendre la publicité effective et de faciliter les recherches. C'est la règle qui était admise dans les pays de saisine et de nantissement. C'est la règle qu'avait consacrée l'édit de **1673** par son art. **12** : « Ceux qui auront hypothèque en vertu de quel- » que titre que ce soit, même de sentences, jugements ou » arrêts sur héritages, rentes foncières ou constituées par » nous sur les hôtels de ville, domaines engagés, offices do- » maniaux et autres immeubles qui ont une situation certaine, » pourront former leur opposition aux greffes des enregistre-

(1) V. les autorités citées p. 575, note 1.

(2) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 82. — Italie, *C. civ.*, art. 1938, 1981. — Monaco, *C. civ.*, art. 1986. — Portugal, *C. civ.*, art. 950. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1730. — Tessin, *C. civ.*, art. 866. — Valais, *C. civ.*, art. 1902-1903. — Soleure, *C. civ.*, art. 860, 914. — Suède, Ord. 16 juin 1875, art. 3, *Ann. de législ. étr.*, V, p. 815. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1780. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 194. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3318, 3349-3350. — Massachusets, L. 24 mars 1882, *Ann. de législ. étr.*, XIII, p. 822. — Mexico, *C. civ.*, art. 2024. — Haïti, *C. civ.*, 1913. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2064, 2086. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3134, 3143.

» ments des bailliages et sénéchaussées *de la situation des* » *immeubles* sur lesquels ils auront hypothèque ». La loi du 9 messidor an III édicte le même principe quand, dans son art. 20, elle exige le dépôt d'un extrait du titre contenant le bordereau des créances « entre les mains du conservateur » *dans l'arrondissement duquel sont situés les biens* sur les- » quels le créancier se propose de faire frapper l'hypothè- » que ». La loi du 11 brumaire an VII dispose de même » (art. 16) que « les inscriptions seront faites au bureau de la » conservation des hypothèques *de la situation des biens,* sur » lesquels le créancier entend exercer son hypothèque ou » privilège ». Sous une formule légèrement différente, l'art. 2146 consacre le même principe.

Il y a une conservation hypothécaire par arrondissement; elle est située au lieu où siège le tribunal de première instance, et sa circonscription est la même. La loi a dans une sage mesure rapproché le bureau des intéressés et prévenu les inconvénients de recherches trop coûteuses ou trop laborieuses.

Cette règle souffrait exception pour le département de la Seine où il y avait trois conservations hypothécaires pour un seul arrondissement judiciaire. Situées à Paris, Saint-Denis et Sceaux, elles avaient été, à la suite de la loi du 16 juin 1859 relative à l'agrandissement de la ville de Paris, transférées à Paris et un décret du 16 novembre 1859 avait procédé à la répartition du service entre ces trois bureaux. Une loi du 12 avril 1893 a modifié les circonscriptions administratives du département de la Seine. Un décret de la même date (12 avril 1893) avait apporté au décret du 16 novembre 1859 les modifications nécessaires pour le mettre en harmonie avec la loi nouvelle.

Enfin un décret du 27 novembre 1900, rendu en exécution de la délégation contenue dans l'art. 18 de la loi de finances du 30 mai 1899, a subdivisé les circonscriptions de certaines conservations hypothécaires dans le but de limiter les bénéfices des conservateurs qui paraissaient excessifs : Seine, 10 bureaux; Bordeaux, Versailles, 3 bureaux; Le Hâvre, Lille, Lyon, Marseille, Pontoise, Rouen, 2 bureaux.

1541. Une inscription ne pouvant produire effet que dans les limites territoriales de la conservation hypothécaire où elle est prise, il en résulte que plusieurs inscriptions seront nécessaires si les biens hypothéqués ou grevés du privilège ne sont pas compris en totalité dans la circonscription d'un même bureau. Il faut, en pareil cas, prendre une inscription distincte au bureau de chaque conservation hypothécaire, dans la circonscription de laquelle se trouve situé soit un des immeubles, soit une fraction, si minime qu'elle soit, des immeubles ou de l'un des immeubles grevés du privilège ou de l'hypothèque. Autrement les immeubles ou portions d'immeubles, situés en dehors de la circonscription du bureau où l'inscription a été prise, ne seraient pas touchés par l'inscription.

L'inscription des hypothèques ou des privilèges, établis sur des actions de la Banque de France immobilisées, doit être prise au bureau des hypothèques de Paris. La formalité doit être remplie au premier bureau, dans le ressort duquel se trouve le siège de la banque. Cpr. décret du 16 janvier 1808, art. 7, et loi du 17 mai 1834, art. 5 (1).

1541 I. Lorsque, par suite du remaniement d'une conservation hypothécaire opéré, en exécution de l'art. 18 de la loi de finances du 30 mai 1899, par le décret du 23 novembre 1900, il y aura lieu d'inscrire une hypothèque ou de remplir une même formalité dans plusieurs bureaux dépendant d'une circonscription remaniée, le requérant n'a à produire le bordereau et l'expédition de l'acte et à payer les salaires de la formalité qu'une seule fois. Il présente sa réquisition au conservateur du bureau dans la circonscription duquel sont situés les immeubles les plus importants, si la formalité se réfère à des immeubles déterminés, et au bureau du domicile du grevé, pour les formalités à opérer sans désignation d'immeuble, *v. g.* pour l'inscription d'une hypothèque légale ou judiciaire. Le conservateur requis transmet les pièces à ses collègues, afin que la formalité soit accomplie successi-

(1) Delvincourt, III, p. 332; Pont, II, 868; Aubry et Rau, § 268, III, 4e éd. p. 288, 5e éd. p. 488; André, 766; Buchère, *Tr. des val. mobil.*, 241, et *Tr. des opér. de Bourse*, p. 271; Guillouard, III, 1059; Huc, XIII, 305; Planiol, II, 2944.

vement à la date même de la réquisition dans chacun des bureaux compétents (art. 11. Déc. 23 novembre 1900) [1].

1542. L'inscription se prend sur le propriétaire des biens grevés du privilège ou de l'hypothèque, et non sur les biens eux-mêmes. Chaque propriétaire d'immeubles a un compte ouvert à la conservation des hypothèques; sur ce compte on mentionne les charges dont ses biens sont grevés.

Ce système de publicité personnelle présente d'incontestables inconvénients. Pour connaître l'état juridique d'un immeuble, il est indispensable d'avoir le nom de son propriétaire actuel et le nom des propriétaires antérieurs. On conçoit sans peine les difficultés très graves qu'engendre une pareille organisation. La détermination de l'immeuble auquel se réfère l'état demandé, l'identité des personnes sur lesquelles il est requis sont la source de complications et d'incertitudes. Le conservateur peut être trompé par une similitude de noms; la désignation de l'immeuble par sa situation et ses tenants ou aboutissants laissera souvent bien des doutes dans son esprit. C'est cependant sur une base aussi fragile que repose tout l'édifice du crédit immobilier et la sécurité des transactions immobilières. Il suffit d'avoir ignoré le nom exact d'un des propriétaires pour être exposé aux plus désastreuses surprises. Si la propriété des immeubles se perpétuait dans les familles comme autrefois, si les mutations en étaient rares, ce système assez primitif, qui confond la chose avec la personne même du propriétaire, pourrait suffire aux besoins du crédit foncier. Mais depuis la rédaction du code le nombre des mutations de propriétés va croissant d'année en année. Bien des domaines ont été morcelés, tandis que de nouveaux héritages se constituaient par la réunion de petites parcelles. Ces transmissions incessantes rendent de plus en plus difficile la rédaction d'états exempts d'inexactitudes. Si l'on ajoute à cela la difficulté que le requérant peut éprouver à donner la liste des propriétaires successifs, avec l'indication des parcelles, on sera vite convaincu des imperfections de notre régime de publicité.

[1] V. *Note* de M. Besson dans D., 00. 4. 75 et *eod. loc.* l'instruction de l'administration de l'enregistrement.

On comprend dès lors comment des esprits éclairés ont été conduits à proposer la substitution d'un régime de publicité réelle ou de registres fonciers à notre système de publicité personnelle [1]. Nous n'avons pas besoin de revenir sur les avantages certains qu'offrirait cette réforme. Nous les avons exposés dans notre introduction. Nous nous contentons de rappeler la question en passant. Nous devons aussi signaler la voie nouvelle dans laquelle la loi du 17 mars 1898 a marqué un premier pas [2]. Ajoutons enfin que le projet de réforme hypothécaire renferme la tentative de la constitution d'un répertoire *réel* ou par immeuble.

1543. En établissant l'hypothèque maritime, la loi du 10 décembre 1874, aujourd'hui remplacée par la loi du 10 juillet 1885, devait déterminer les fonctionnaires chargés de veiller à la publicité hypothécaire en cette matière. On avait proposé de suivre les règles du droit commun et de confier cette mission aux conservateurs des hypothèques. Mais, après une longue discussion, cette proposition fut écartée et le receveur principal des douanes du bureau dans lequel le navire est immatriculé, s'il est déjà pourvu d'un acte de francisation, est chargé d'inscrire les hypothèques. On a ainsi établi un véritable parallélisme entre les règles du code sur les hypothèques immobilières et les dispositions de la loi nouvelle. Les conservateurs des hypothèques donnent la publicité aux actes entre vifs translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de droits réels : ils font les inscriptions d'hypothèques. Or les receveurs des douanes sont chargés, par l'art. 17 de la loi du 27 vendémiaire an II, de tenir registre des ventes de navires. N'est-il pas logique de leur remettre également le soin d'effectuer les inscriptions d'hypothèques ? Comme les conservateurs des hypothèques, ils sont les officiers de l'état juridique des navires (L. 10 juillet 1885, art. 6).

On a objecté que ces fonctions sont souvent délicates, que les receveurs des douanes étaient peu préparés à les remplir. Les inscriptions d'hypothèques peuvent donner naissance à

(1) V. le rapport de M. Massigli sur les *livres fonciers*.

(2) *Supra*, I, *Introduction*, p. LIX.

des questions difficiles. Les conservateurs d'hypothèques ou d'autres fonctionnaires possédant la connaissance du droit s'acquitteraient de cette mission avec plus de facilité et de compétence.

Le rapport de la commission répond avec raison en invoquant l'expérience du passé. Les receveurs des douanes se sont acquittés sans peine de la mission que leur confiait la loi de vendémiaire an II; ils rempliront de même les nouvelles fonctions que la loi leur confère. Elles ne sont pas d'ailleurs aussi difficiles qu'on le prétend. Les navires ne peuvent être frappés ni d'hypothèques légales, ni d'hypothèques judiciaires. En fait d'hypothèques maritimes, la loi ne connaît que des hypothèques conventionnelles. Il n'y a donc pas à redouter ces nombreuses complications qui rendent parfois si délicates les fonctions des conservateurs des hypothèques.

L'intervention des receveurs des douanes ne se justifie pas seulement par des considérations théoriques. Elle répond seule aux exigences de la pratique. Il est nécessaire, dans une matière où le temps est de l'argent, où il faut restreindre autant que possible la durée des relâches, activer et multiplier les voyages, que le registre des hypothèques soit toujours à la portée du navire et de ses représentants dans le port où il est immatriculé. En réunissant dans les mêmes mains le registre des mutations et le registre des hypothèques, on donne aux opérations la célérité que réclament les besoins du commerce. Il suffit, pour connaître la situation juridique d'un navire, de s'adresser à un seul fonctionnaire ; tous les renseignements nécessaires aux parties se trouvent centralisés entre ses mains ; on peut se les procurer rapidement. Confier la tenue des registres hypothécaires à d'autres fonctionnaires, aux conservateurs des hypothèques par exemple, ce serait obliger les intéressés à s'adresser à deux bureaux, au bureau du receveur des douanes pour être renseignés sur la propriété du navire, au bureau du conservateur des hypothèques pour connaître son état hypothécaire. De là des lenteurs préjudiciables à tous les intérêts.

Pour établir le parallélisme dont nous avons parlé, la loi de 1885 a attribué une compétence exclusive aux *receveurs*

principaux des douanes. La loi de 1874 parlait d'une manière générale des *receveurs* des douanes. Or il existe dans l'administration des douanes des *receveurs principaux* justiciables de la cour des comptes et des *receveurs buralistes*. Aux premiers seuls est confié le service des mutations de propriété des navires. Seuls, ils sont chargés, en vertu de la loi de 1885, de l'inscription des hypothèques.

Cette disposition a été modifiée par les lois des finances du 18 décembre 1886 et du 26 février 1887. L'art. 7 de la première et l'art. 8 de la seconde disposent en termes identiques : « Les attributions conférées en matière d'hypothèque » maritime, par la loi du 10 juillet 1885, aux titulaires des » recettes principales des douanes converties en recettes su- » bordonnées, seront, à l'avenir, exercées par les nouveaux » titulaires desdites recettes subordonnées ».

1544. L'art. 6 de la loi de 1885 organise de la même manière la publicité de l'hypothèque consentie sur un navire en construction. Il remet à un décret le soin de déterminer le bureau des douanes dans le ressort duquel seront compris les chantiers de construction établis en dehors du rayon maritime. Mais, aux termes de l'art. 5, la constitution de l'hypothèque doit être alors précédée d'une déclaration faite au receveur principal du bureau des douanes dans la circonscription duquel le navire est en construction.

L'art. 26 de la loi du 10 décembre 1874 permettait d'hypothéquer un navire en cours de voyage et organisait la publicité. Cette hypothèque éventuelle présentait de graves inconvénients ; elle offrait peu d'avantages ; elle était l'objet des plus vives critiques ; elle était peu usitée dans la pratique. Elle a été abolie par la loi de 1885.

Enfin l'art. 33 al. 3 de la loi de 1885 prévoit le cas où des hypothèques ont été établies sur un navire acheté à l'étranger, avant son immatriculation en France. Il en soumet l'efficacité à la publicité ; il exige qu'elles soient régulièrement inscrites par le consul français sur le congé provisoire de navigation et reportées sur le registre du receveur des douanes du lieu où le navire sera immatriculé.

§ II. *En quel temps l'inscription doit être prise.*

1545. Pour résoudre cette question, il faut rechercher successivement à dater de quelle époque et jusqu'à quelle époque l'inscription peut être utilement prise.

N° 1. A dater de quelle époque l'inscription peut être prise.

1546. La détermination de l'époque à laquelle les privilèges immobiliers doivent être inscrits, dépend de l'interprétation que l'on donne de l'art. 2106. Dans l'une des théories, l'inscription doit concorder avec la date de la naissance de la créance et du privilège, peut-être même être antérieure. Dans un autre système, l'inscription du privilège peut être faite à toute époque à partir de sa naissance. Par exception, en principe, cependant, l'inscription du premier procès-verbal, destinée à conserver le privilège du constructeur, doit précéder le commencement des travaux. Ce qui constitue dans cette théorie une exception au principe n'est, dans la première opinion, qu'une application pure et simple de la règle.

1547. L'hypothèque peut être inscrite immédiatement après sa naissance; elle ne peut pas être inscrite auparavant; on ne conserve pas ce qui n'existe pas encore (1).

Nous avons vu à quel moment l'hypothèque judiciaire prend naissance; nous avons par cela même déterminé l'époque à partir de laquelle elle peut être inscrite. Nous déciderons en conséquence que l'hypothèque judiciaire peut être inscrite immédiatement après la prononciation du jugement, sans qu'il soit besoin de le faire signifier au préalable, ou d'attendre l'expiration du délai pendant lequel l'exécution n'en peut être poursuivie, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les jugements contradictoires et par défaut, les jugements en premier et en dernier ressort (2). L'opposition formée contre

(1) Pont, II, 870; Aubry et Rau, § 272, texte et note 2, III, 4e éd. p. 324, 5e éd. p. 539; Guillouard, III, 1119; Huc, XIII, 306. — Req., 12 juin 1807, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1192. — Req., 1er mai 1860, D., 60. 1. 510, S., 61. 1. 267.

(2) L'art. 22 de la loi du 9 messidor an III le décidait formellement pour les jugements susceptibles d'appel. — V. *supra*, II, 1265. — Persil, I, sur l'art. 2123, XXX; Grenier, I, 194; Battur, II, 327; Delvincourt, III, p. 295; Merlin,

le jugement par défaut, l'appel interjeté contre un jugement contradictoire n'empêchent même pas de prendre inscription. Seulement l'efficacité de l'hypothèque est alors subordonnée au résultat de l'opposition ou de l'appel [1]. Ces solutions se justifient sans peine : l'inscription n'est qu'une mesure conservatoire; elle ne constitue pas un acte d'exécution et elle est indispensable pour sauvegarder les droits du créancier.

Cette règle comporte exception, en vertu de l'art. 1 de la loi du 3 septembre 1807, pour l'hypothèque qu'engendre un jugement de reconnaissance de signature ou de vérification d'écriture rendu à l'occasion d'une créance conditionnelle ou à terme. Elle ne peut pas être valablement inscrite avant l'accomplissement de la condition ou l'échéance du terme [2].

1548. L'hypothèque conventionnelle est constituée par l'acte notarié dans lequel elle est établie. Elle peut donc être immédiatement inscrite. Peu importe que la créance garantie soit conditionnelle ou même simplement éventuelle. L'inscription peut être requise de suite et déterminera, comme nous l'avons déjà dit, le rang de l'hypothèque [3].

1548 I. Rappelons que l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, établie sur les biens présents et à venir du débiteur conformément à l'art. 2130, ne peut être prise sur les biens à venir qu'au fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur. Ils ne sont atteints par l'hypothèque qu'au

Rép., XVII, *Add.*, v° *Hyp.*, p. 68; Duranton, XIX, 338; Troplong, II, 443 *bis* et 444; Pont, II, 596; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 171, § 798; Aubry et Rau, § 265, III, 4e éd. p. 258, 5e éd. p. 434; Baudot, *Formal. hyp.*, I, 442; Guillouard, II, 915; Huc, XIII, 306. — V. en ce sens pour les jugements contradictoires Civ. cass., 29 nov. 1824, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1158, S., 25. 1. 132. — Toulouse, 27 mai 1830, S., 31. 2. 50 et sur pourvoi Civ. rej. (sur ce point), 19 juin 1833, *J. G.*, eod. v°, 1164, S., 33. 1. 641. — Rouen, 20 mars 1877, D., 77. 2. 78, S., 77. 2. 258. — Chambéry, 22 déc. 1879, S., 80. 2. 241. — V. en ce sens pour les jugements par défaut Riom, 6 mai 1809, S., 10. 2. 39 — Rouen, 7 déc. 1812, S., 13. 2. 367. — Rouen, 27 mai 1834, S., 34. 2. 570. — Paris, 23 juill. 1840, *J. G.*, eod. v°, 1162, S., 43. 2. 420. — Pau, 27 juill. 1898, D., 98. 2. 272. — Cpr. Riom, 9 avril 1807, S., 7. 2. 646. — *Contra* Trib. civ. Seine, 2 avril 1897, *Gaz. des Trib.*, 10 oct. 1897.

[1] Pont, Baudot, Massé et Vergé sur Zachariæ, Guillouard, *locc. supra citt.* — V. aussi *supra*, II, 1240.

[2] *Supra*, II, 1260 I et 1261.

[3] *Supra*, II, 1286 et 1444.

moment où ils entrent dans le patrimoine du constituant ; l'inscription ne peut être faite avant cette époque, parce qu'elle doit être spéciale [1].

N° 2. Jusqu'à qu'elle époque l'inscription peut être utilement effectuée.

1549. La fixation du délai dans lequel les privilèges immobiliers doivent être inscrits pour conserver toute leur efficacité dépend de l'interprétation que l'on donne à l'art. **2106.** Si, en principe, la publicité du privilège doit précéder ou tout au moins accompagner sa naissance, on décidera sans hésitation qu'une inscription tardive sera impuissante à le conserver ; le droit sera dégénéré en hypothèque. Si, au contraire, on pense qu'en règle générale l'inscription du privilège peut être faite à toute époque, il n'y aura pas, en principe, de délai fatal, à l'expiration duquel cette cause de préférence se transforme en hypothèque.

Quelqu'opinion qu'on adopte sur ces points, il faut reconnaître que la question n'intéresse guère les privilèges immobiliers établis par le code civil. Il est généralement admis et nous avons décidé [2] que l'inscription du procès-verbal de constat des lieux doit être faite avant le commencement des travaux pour assurer la conservation du privilège du constructeur. Pour les partisans de la première interprétation, c'est une application de leur théorie. Pour les défenseurs de la seconde opinion, c'est une exception à leur principe. Dans l'un et l'autre cas, l'inscription tardive ne conserve qu'un droit dépourvu d'une de ses qualités originelles, un droit dégénéré en hypothèque. Pour le privilège du copartageant, la loi a édicté une règle spéciale, qui a, dans toutes les opinions, un caractère dérogatoire au droit commun. Il doit être inscrit dans les 60 jours à compter de l'acte de partage ou du jugement d'adjudication sur licitation ; à l'expiration de ce délai, il ne reste plus, s'il n'a pas été pris inscription, qu'une

(1) *Supra*, II, 1398 et 1447. — Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 325, 5e éd. p. 540 ; Colmet de Santerre, IX, 97 *bis*-I ; Thézard, 66-4° ; Guillouard, III, 1120 ; Huc, XIII, 222, 306. — Dijon, 7 février 1866, D., 66. 2. 48. — Cpr. Caen, 18 août 1871, D., 73. 2. 228.

(2) *Supra*, I, 843 s.

hypothèque ordinaire. Il en est de même pour la séparation des patrimoines ; que l'on y voie ou non un véritable privilège, le droit doit être inscrit dans le délai de six mois ; faute de quoi, le rang du créancier n'est plus déterminé que par la date de l'inscription. Il en est de même pour les privilèges du Trésor.

1550. En ce qui concerne les hypothèques, il n'y a pas non plus de délai fatal pour opérer l'inscription (1). Cette formalité peut être utilement remplie tant que l'hypothèque n'est pas éteinte par les voies légales, quels que soient d'ailleurs les changements survenus dans la situation du débiteur et sauf au créancier retardataire à se voir primé par ceux qui se seraient inscrits avant lui.

Tout au plus pouvons-nous rappeler ici que l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée doit être inscrite dans l'année de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage. Publiée dans le délai légal, l'hypothèque prend rang aux dates fixées par l'art. 2135 ; sinon, l'inscription perd le bénéfice de la rétroactivité ; sa date sert alors à fixer le rang du créancier.

1551. La règle que nous venons de poser a aussi ses exceptions. Certains événements arrêtent le cours des inscriptions. Ce sont : 1° la transcription de l'acte constatant l'aliénation du bien grevé du privilège ou de l'hypothèque ; rappelons que le partage, n'étant pas un acte d'aliénation (art. 883), ne met pas un terme à la faculté d'inscrire les hypothèques antérieures valablement constituées sur un immeuble (2) ; 2° la faillite du débiteur sur les biens duquel existe le privilège ou l'hypothèque ; 3° sa mort suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession.

1. *Transcription de l'acte d'aliénation.*

1552. La loi n'a pas mentionné cet événement dans notre chapitre, bien qu'il mette un terme à la faculté pour le créancier de faire inscrire son privilège ou son hypothèque et lui

(1) Grèce, L. 11 août 1836, art. 64. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2071-2073. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3137, 3150.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3332.

donne le plus grand intérêt à se hâter de remplir cette formalité. Le législateur n'en parle que dans le chapitre VI, consacré à l'effet des privilèges et hypothèques à l'égard des tiers détenteurs, et spécialement dans l'art. 2166. C'est qu'en effet l'aliénation consentie par le débiteur de l'immeuble hypothéqué met surtout en jeu le droit de suite ; il est dès lors naturel que le législateur en précise les effets, lorsqu'il étudie cet attribut de l'hypothèque en particulier. Par l'aliénation, l'immeuble grevé sort du patrimoine du débiteur ; il cesse d'être le gage de ses créanciers chirographaires ; le créancier hypothécaire ne peut plus se trouver en conflit avec ceux-ci ; il n'a pas besoin d'invoquer à leur encontre son hypothèque et le droit de préférence qui y est attaché. C'est contre le tiers acquéreur qu'il doit agir ; celui-ci n'est pas un débiteur personnel ; il ne peut être poursuivi qu'en qualité de tiers détenteur, à raison de l'immeuble qu'il possède. C'est donc le droit de suite qui sera mis en mouvement. Ainsi s'explique l'ordre suivi par le législateur.

Cependant on pourrait parfaitement concevoir un régime hypothécaire dans lequel le créancier, déchu du droit de suite, conserverait néanmoins la faculté d'exercer encore son droit de préférence sur le prix, tant qu'il serait dû par l'acquéreur. On comprendrait sans peine qu'une inscription prise après l'aliénation de l'immeuble grevé, impuissante pour ce motif à vivifier le droit de suite, fût néanmoins suffisante pour conserver le droit de préférence en faveur du créancier hypothécaire dans ses rapports avec les autres créanciers du même débiteur, soit avec des créanciers chirographaires, soit avec d'autres créanciers hypothécaires inscrits comme lui après l'aliénation. Dans ce système législatif, le droit de préférence survivrait, en règle générale, au droit de suite. Les auteurs du code n'ont pas, en principe, consacré cette théorie [1]. L'aliénation consentie par le débiteur n'intéresse pas seulement le droit de suite ; elle intéresse également le droit de préférence ; c'est donc dans notre chapitre que ces dispositions auraient dû trouver place. Cependant, pour nous con-

[1] *Infra*, III, 2230 s.

former à l'ordre de la loi, nous renverrons à l'art. 2166 l'exposé des diverses variations de nos lois sur les conditions dans lesquelles l'aliénation met un terme à la faculté de s'inscrire. Nous croyons toutefois nécessaire de présenter dès maintenant un aperçu sommaire de ces règles.

1553. L'inscription prise après l'aliénation de l'immeuble grevé ne conserve pas le droit de suite. Pourquoi ? Parce que l'inscription est la condition de l'efficacité de l'hypothèque à l'égard du tiers acquéreur. Par l'aliénation, celui-ci devient propriétaire de l'immeuble ; l'étendue du droit qu'il acquiert se détermine par l'état juridique de l'immeuble au moment même de la convention ; or, à cette date, l'hypothèque n'avait pas été vivifiée par l'inscription ; elle existe bien et doit sa naissance au concours des volontés ; mais faute de publicité, elle n'est pas opposable à l'acquéreur ; l'immeuble entre dans son patrimoine libre de cette charge. Il est donc indispensable, pour la conservation du droit de suite, que l'inscription soit antérieure à l'aliénation.

Nous avons dit que le droit de préférence est soumis à la même règle. Il est facile d'en donner le motif. L'aliénation substitue une somme d'argent à l'immeuble qui se trouvait dans le patrimoine du débiteur. C'est au moment même où s'opère cette substitution que doivent se régler les droits des intéressés ; leur condition respective se trouve définitivement fixée à l'instant où s'effectue ce remplacement. Or le droit de préférence ne devient opposable aux tiers, parmi lesquels figurent les créanciers chirographaires du débiteur, que par l'inscription et à compter de la date à laquelle elle a eu lieu (art. 2134). Il est donc indispensable que l'inscription précède le moment où, par l'effet de l'aliénation, la chose se trouve remplacée par une somme d'argent, qu'elle soit antérieure à l'aliénation.

Nous arrivons ainsi au principe suivant : toutes les fois que l'aliénation met un terme à la faculté de s'inscrire pour la conservation du droit de suite, elle met également un terme à la faculté de s'inscrire pour la conservation du droit de préférence. Nous solidarisons les deux attributs de l'hypothèque. La raison est satisfaite de cette solution.

1554. Sous l'empire du code [1] la vente d'un immeuble était efficace *erga omnes*, aussitôt qu'elle était devenue parfaite par le consentement des parties (art. 711, 1138). A partir de ce moment, le créancier hypothécaire ou privilégié ne pouvait plus prendre utilement inscription [2].

Aujourd'hui l'aliénation d'un immeuble ne devient opposable aux tiers qui tiennent leurs droits de l'aliénateur que par la transcription (L. 23 mars 1855, art. 3). Il en résulte que les privilèges et hypothèques, acquis du chef du vendeur, peuvent être utilement inscrits même après la vente et tant que la transcription n'a pas été opérée ; ils ne le peuvent plus cette formalité remplie [3]. Il en est ainsi pour l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement obtenu depuis l'aliénation, si elle a été inscrite avant la transcription de l'acte d'aliénation [4]. Il en est ainsi pour l'hypothèque légale de la masse des créanciers d'un failli, si elle a été inscrite avant la transcription de l'acte antérieur d'aliénation [5]. La transcription arrête donc le cours des inscriptions de tous les privilèges et hypothèques, acquis du chef du précédent propriétaire.

L'inscription, prise après la transcription de l'acte d'aliénation, serait destituée de toute efficacité, non seulement au point de vue du droit de suite, mais aussi au point de vue du droit de préférence. C'est ce qui résulte de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, qui dispose dans les termes les plus généraux que le créancier ne peut plus « prendre *utilement* inscription » à partir de la transcription [6].

Ce qu'il faut faire transcrire pour arrêter le cours des ins-

(1) V. Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1225.

(2) *Infra*, III, 2055 et 2059. — Baudry-Lacantinerie et Barde, I, 372 ; Maleville, sur l'art. 2182 ; Merlin, *Rép.*, v° *Inscr. hypoth.*, § 8 *bis*, n. 2 ; Persil, II, sur les art. 2181, 2182 ; Grenier, II, 349-350 ; Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 325, 5e éd. p. 540 ; Guillouard, III, 1121.

(3) Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 328, 5e éd. p. 544 ; Thézard, 153 ; Colmet de Santerre, IX, 118 *bis*-II et III ; Guillouard, III, 1126 ; Huc, XIII, 308 ; Planiol, II, 3189. — Civ. cass., 7 mars 1877, D., 78. 1. 138, S., 78. 1. 398. — Chambéry, 31 juillet 1877 (sous Civ. rej. 4 août 1880), D., 81. 1. 438, S., 82. 1. 29.

(4) Nancy, 27 déc. 1879, D., 80. 2. 119, S., 80. 2. 174. — *Supra*, II, 1262 et les autorités citées.

(5) Req., 13 juill. 1891, D., 92. 1. 483, S., 92. 1. 257. — *Supra*, II, 1216.

(6) V. cep. *supra*, I, 837 ; II, 1096 ; *infra*, III, 2092 s., 2101.

criptions, c'est l'*acte d'aliénation*, c'est-à-dire l'acte constatant soit la donation (art. 939), soit la vente, soit l'échange, soit, en cas de vente sur saisie, le jugement d'adjudication [1] (L. du 23 mars 1855, art. 1).

Toutefois ni le code civil, ni la loi de 1855 n'exigent la transcription des testaments ; les legs deviennent donc opposables aux tiers sans transcription. De là il résulte, dans la théorie généralement admise d'après laquelle la propriété du corps certain, objet du legs, est acquise au légataire de plein droit et immédiatement *a die mortis*, que le créancier, ayant privilège ou hypothèque sur un immeuble, ne peut plus utilement s'inscrire après la mort du débiteur, si celui-ci en a valablement disposé par testament à titre particulier, et si le legs ne devient pas caduc [2]. Peut-être cependant est-ce la délivrance volontairement consentie ou ordonnée par justice qui rend le transfert de propriété opposable aux tiers [3].

1555. Les dispositions dont nous venons de présenter la rapide analyse, sauf à en développer plus loin les règles, s'appliquent sans difficulté aux privilèges et hypothèques qui procèdent du chef du propriétaire qui a aliéné.

Mais en est-il de même des privilèges et des hypothèques nés du chef des précédents propriétaires ? Par exemple Pierre, propriétaire d'un immeuble, l'a hypothéqué au profit d'un ou de plusieurs de ses créanciers ; ceux-ci n'ont pas pris inscription ; Pierre vend son immeuble à Primus qui ne fait pas transcrire ; Primus le revend à Secundus qui fait transcrire seulement son acte d'acquisition. Les créanciers hypothécaires de Pierre peuvent-ils faire utilement inscrire leurs hypothèques ? Nous serions assez disposés à admettre l'affirmative ; car, d'après l'art. 6 de la loi de 1855, la transcription qui met un terme à la faculté de requérir inscription d'une hypothèque ou d'un privilège, c'est la transcription du titre par lequel celui du chef duquel sont nés ces droits s'est dépouillé de sa

(1) Civ. rej., 4 mai 1891, D., 92. 1. 9, S., 91. 1. 373.

(2) V. *infra*, III, 2070. — Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 330, 5e éd. p. 546 ; Laurent, XXXI, 21 ; Troplong, *Transcr.*, 273 ; Mourlon, *Transcr.*, II, 582, 583 ; Guillouard, III, 1128 ; Huc, XIII, 309.

(3) Thézard, 167. — V. sur cette théorie *infra*, III, 2113, 2114.

propriété. L'art. 6 décide en effet qu'à partir de la transcription les créanciers hypothécaires ne peuvent plus prendre utilement inscription *sur le précédent propriétaire*. Ce précédent propriétaire dont parle la loi, c'est manifestement celui duquel émane l'acte transcrit. Or, dans l'exemple que nous avons supposé, la vente consentie par celui qui a établi l'hypothèque n'a pas été transcrite. Donc les créanciers ont conservé le droit de faire inscrire leurs hypothèques à l'encontre des acquéreurs ultérieurs, quoique ceux-ci aient fait transcrire leur titre d'acquisition. Cette solution est conforme aux principes de la loi de 1855. Les créanciers peuvent faire inscrire leurs privilèges et hypothèques tant que la propriété de l'immeuble grevé continue de résider, à leur égard, sur la tête de leur débiteur. Or la vente consentie par celui-ci ne leur est pas opposable ; elle ne peut produire aucun effet contre eux ; elle ne saurait donc leur enlever le droit de prendre inscription. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'elle eût été transcrite ; elle ne l'a pas été (1).

Peu importe même que la dernière vente, celle qui a été transcrite, mentionne les noms des propriétaires antérieurs avec la date des actes d'aliénation. Cette simple indication ne saurait équivaloir à la transcription de ces actes requise par la loi (2).

1556. Le même principe sert à régler le conflit qui s'élèverait entre un créancier hypothécaire de l'acheteur qui n'a pas fait transcrire son titre et un créancier hypothécaire du

(1) Humbert, *Nouv. observ. sur la loi relat. à la transcr.*, n. 40, in *Rev.*, *hist.*, 1855, I, p. 464 : Lesenne, *Comment. L. du 23 mars 1855*, 63 à 65 ; Fons, 43 : Ducruet, 14 et 24 ; Mourlon, *Transcr.*, II, 447 à 450, 593 à 601 ; Larombière, *Oblig.*, I, sur l'art. 1138, n. 47 ; Paul Gide, *Rev. crit.*, 1865, XXVI, p. 372 s. ; Demolombe, *Contrats*, I, 465 ; Aubry et Rau, § 209, texte et note 99, II, 4e éd. p. 315-317, 5e éd. p. 467-469, § 272, III, 4e éd. p. 328, 5e éd. p. 544 ; Laurent, XXIX, 182 ; André, 102 ; Guillouard, III, 1127 ; Huc, XIII, 308. — Dijon, 10 juin 1891, D., 92. 2. 469. — *Contra* Rivière et François, 52 ; Rivière et Huguet, 212 ; Lemarcis, *Comment. de la loi sur la transcr.*, p. 35, n. 8 ; Pont, I, 265, II, 1292 ; Flandin, II, 887, 892 ; Verdier, II, 344-345.

(2) Bressolles, 86 ; Lesenne, *op. cit.*, 64 ; Ducruet, 14 ; Flandin, II, 888 à 891 ; Mourlon, *op. cit.*, II, 600 ; Paul Gide, *loc. cit.* ; Demolombe, *op. cit.*, I, 466 ; Aubry et Rau, § 209, texte et note 103, II, 4e éd. p. 318, 5e éd. p. 471 ; Colmet de Santerre, IX, 170 *bis*-VII ; Guillouard, III, 1127 ; Huc, XIII, 308.

vendeur. Pierre vend à Paul un immeuble ; Paul ne fait pas transcrire l'acte de vente. Puis Paul consent une hypothèque à Primus qui la fait régulièrement inscrire. Plus tard, Pierre le vendeur hypothèque le même immeuble à Secundus qui requiert inscription.

La validité et l'efficacité de l'hypothèque consentie à Secundus ne peuvent pas être révoquées en doute. Car elle a été constituée et inscrite à une époque où, faute de transcription, Pierre était resté saisi de la propriété de l'immeuble à l'égard des tiers. Secundus peut incontestablement se prévaloir de l'inaccomplissement de cette formalité et soutenir que son hypothèque est valable et qu'elle a été utilement inscrite.

Mais il va se trouver en conflit avec Primus le créancier hypothécaire de l'acheteur. La validité de l'hypothèque de celui-ci ne nous paraît pas discutable. Par l'effet du contrat, Paul, l'acheteur, est devenu propriétaire de la chose vendue. Il peut en disposer, il a le droit de l'hypothéquer [1]. Le créancier hypothécaire du vendeur se trouve ainsi en conflit avec le créancier hypothécaire de l'acheteur.

Auquel des deux accorderons-nous la préférence ? Au créancier du vendeur, quoique la date de son inscription soit postérieure. En effet, le droit du créancier hypothécaire de l'acquéreur est subordonné à l'acquisition par celui-ci de la propriété de l'immeuble. Or la vente qui lui a été consentie n'a pas été transcrite ; elle n'est pas opposable au créancier hypothécaire du vendeur ; celui-ci a donc le droit de dire que, l'acheteur n'étant pas devenu propriétaire à son égard, l'hypothèque consentie à Primus a été constituée *a non domino*, qu'elle ne lui est pas opposable et ne peut pas lui nuire [2].

1557. La transcription de l'acte d'aliénation suffit donc pour enlever aux créanciers hypothécaires du précédent propriétaire le droit de faire inscrire leurs hypothèques. La

[1] Paris, 9 messidor an XII, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1723, S., 7. 2. 1021. — Lyon, 9 mars 1882, D., 82. 2. 154. — Trib. civ. Seine, 23 fév. 1883, sous Paris, 5 déc. 1885, D., 87. 2. 55.

[2] Lesenne, *op. cit.*, 66; Domenget, *Rev. crit.*, 1860, XVII, p. 334; Aubry et Rau, § 209, texte et note 100, II, 4e éd. p. 316-317, 5e éd. p. 468-470; Huc, XIII, 308; Planiol, II, 3196. — Dijon, 10 juin 1891, D., 92. 2. 469. — *Contra* Bressolles, 48 et 86; Flandin, II, 893 à 895.

transcription purge toutes les hypothèques non inscrites; l'immeuble en est dorénavant affranchi entre les mains de l'acquéreur. Cette règle s'applique sans contestation possible aux cas d'aliénation volontaire et d'adjudication sur expropriation forcée (L. 23 mars 1855, art. 6 cbn. art. 1, n. 1 et 4; art. 717 al. dern. Proc. civ.) [1].

1558. Mais elle est étrangère à l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui continue d'être réglementée par les art. 16 et 17, L. du 3 mai 1841. En conséquence, les privilèges et hypothèques qui grèvent l'immeuble exproprié pour cause d'utilité publique, peuvent être inscrits utilement non seulement jusqu'à la transcription du jugement d'expropriation, mais encore pendant la quinzaine qui suit. Cette solution n'est qu'une application de la règle : *Legi speciali per generalem non derogatur*. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le législateur eût manifesté une volonté contraire. Loin de là ; il a eu, au contraire, l'intention bien arrêtée de ne pas modifier la loi du 3 mai 1841. Les commissaires du gouvernement l'ont formellement dit en déclarant expressément « qu'il n'était nullement dérogé à la loi du 3 mai 1841, » qu'ainsi les délais accordés par cette loi aux parties intéressées étaient intégralement maintenus ». Le texte de la loi du 23 mars 1855 confirme cette volonté. Le jugement d'expropriation n'est pas un jugement d'adjudication ; il n'est donc pas soumis à la transcription en vertu du n° 4 de l'art. 1er de la loi de 1855. Il ne rentre pas non plus, quoiqu'on ait soutenu le contraire, dans la classe des actes translatifs de propriété dont parle le n° 1 du même art. 1er. Car les actes que vise cette disposition sont les actes volontaires par opposition aux jugements d'adjudication ; le jugement d'expropriation n'est pas un acte volontaire. D'un autre côté, on ne peut pas prétendre que ce jugement soit véritablement translatif de propriété. Il est plutôt, comme le font justement remarquer Aubry et Rau, extinctif de toute propriété privée. L'art. 18 de la loi de 1841 le démontre, puisque l'expropriant est à l'abri de toutes actions en résolution, en revendication

[1] Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 328-329, 5e éd. p. 544; Guillouard, II, 1128.

et d'une manière générale de toutes actions réelles. Ce n'est donc pas seulement le droit de l'exproprié qu'acquiert l'expropriant; autrement il faudrait appliquer la règle : *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.* Au contraire, le droit dont l'expropriant est investi est désormais à l'abri de toute critique. Cette conception est du reste en harmonie avec la théorie générale du code qui dans l'art. 537 oppose les uns aux autres les biens qui appartiennent aux particuliers et ceux qui n'appartiennent pas aux particuliers.

On objecte cependant qu'à l'époque où fut édictée la loi du 3 mai 1841, l'art. 834 Pr. civ. était en vigueur; que, d'après cette disposition, les créanciers hypothécaires pouvaient faire utilement inscrire leurs hypothèques même après l'aliénation et pendant un délai de quinzaine à partir de la transcription de cet acte; que les art. 16 et 17 L. 3 mai 1841 ne sont qu'une application pure et simple de cette règle; que l'art. 834 Pr. civ. a été expressément abrogé par l'art. 6 L. 23 mars 1855; que, par une conséquence nécessaire, avec cet article ont dû disparaître les dispositions qui n'en étaient que des applications. On conclut en conséquence que les art. 16 et 17 L. 3 mai 1841 ne sont plus en vigueur.

La conclusion serait parfaitement exacte, s'il était certain que ces articles renferment seulement une application de l'art. 834 Pr. civ. Or, il n'y a rien de moins démontré. D'après le C. de Pr. civ., la transcription était facultative; d'après la loi du 3 mai 1841, la transcription du jugement d'expropriation est obligatoire. Il y a dans cette loi l'organisation d'une procédure spéciale, l'établissement de règles particulières. La loi du 23 mars 1855 reste donc étrangère à cette matière.

Enfin l'application de cette loi au jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique entraînerait, contrairement à la volonté du législateur, la modification d'autres articles de la loi de 1841. Il en résulterait que les personnes investies sur l'immeuble exproprié d'un droit d'usufruit, d'habitation, d'usage ou de servitude pourraient l'opposer à l'expropriant, si l'acte constitutif de ces droits avait été transcrit avant le jugement d'expropriation, qu'elles n'en auraient pas le droit dans le cas contraire. Or l'art. 21 de la loi du 3 mai 1841 décide

que ces personnes pourront réclamer une indemnité de l'expropriant, pourvu que l'exproprié ait fait connaître l'existence de ces droits à l'expropriant, et qu'à défaut de cette notification le premier restera seul chargé de l'indemnité. La loi de 1841 ne tient aucun compte de la transcription des actes constitutifs. Appliquer en cette matière la loi de 1855 serait abroger en partie l'art. 21. Le législateur ne l'a pas voulu. Il faut donc conclure que les art. 16 et 17 de la loi de 1841 sont encore en vigueur (1).

Remarquons enfin que la transcription de la loi du 3 mai 1841 ne semble pas requise pour la translation de propriété; par le renvoi à l'art. 2181 elle nous apparaît seulement comme le préliminaire de la purge.

1559. La même solution s'applique aux cessions amiables consenties par le propriétaire des terrains soumis à l'expropriation, pourvu qu'elles aient été précédées de l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2 de la L. du 3 mai 1841. Les art. 13 et 19 de cette loi appliquent en effet à ces cessions amiables les mêmes règles qu'au jugement d'expropriation (2). En conséquence, elles continuent, en vertu de cet art. 19, à être régies par les art. 16 et 17 demeurés en vigueur, comme nous venons de le démontrer (3).

Intervenues en dehors de ces conditions, les cessions ne seraient plus que des ventes volontaires; elles rentreraient dans la classe des actes translatifs de propriété dont parle

(1) Bressolles, 34 et 87; Sellier, 268; Rivière et Huguet, 353; Troplong, *op. cit.*, 103; Ducruet, p. 5; Gauthier, 117 et 158; Cabantous, *Rev. crit.*, 1855, VII, p. 92; Aubry et Rau, § 209, texte et note 43, II, 4e éd. p. 297, 5e édit. p. 444-445, § 272, III, 4e éd. p. 329, 5e éd. p. 544; Colmet de Santerre, IX, 147 *bis*-XXVI; Dalmbert, 85; de France de Tersant, p. 107, note 2; Guillouard, III, 1125, 1128; Huc, XIII, 309; Beudant, II, p. 34, note 1; Planiol, I, 1611. — *Contra* Flandin, I, 599 s.; Mourlon, *op. cit.*, I, 88, II, 581, 585. Ce dernier auteur avait antérieurement admis l'opinion contraire, *Examen crit.*, 335.

(2) Elles produisent les mêmes effets que le jugement d'expropriation, lorsqu'elles ont été précédées d'une déclaration régulière d'utilité publique. Paris, 27 août 1864, D., 64. 5. 167, S., 64. 2. 209. — Civ. rej., 2 août 1865, D., 65. 1. 256, S., 65. 1. 458. — Civ. rej., 1er août 1881, *J. G. Suppl.*, v° *Expropr. pour cause d'utilité publique*, 21.

(3) Troplong, *Transcr.*, 104; Bressolles, 27; Cabantous, *Rev. crit.*, 1855, VII, p. 92; Aubry et Rau, § 209, II, 4e éd. p. 298, 5e éd. p. 446; Huc, XIII, 309. — *Contra* Flandin, I, 599 s.; Mourlon, *Transcr.*, I, 88, II, 581, 585.

l'art. 1 de la L. du 23 mars 1855. Elles seraient alors soumises aux dispositions de cette loi [1].

1560. La même règle doit être admise pour l'hypothèque maritime, dans le silence de la loi du 10 juillet 1885. Le moment auquel l'inscription cesse de pouvoir être utilement prise est alors déterminé non par la date de l'aliénation, mais par la date de la mutation en douane; jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, la propriété du navire continue, à l'égard des tiers, notamment à l'égard des créanciers hypothécaires, de résider sur la tête du vendeur et l'inscription de l'hypothèque peut être utilement requise. La mutation en douane et la transcription sont deux formalités analogues, qui produisent le même effet et rendent opposable aux tiers l'aliénation consentie. On admet la validité de l'hypothèque constituée sur un navire après l'aliénation et avant la mutation en douane; il serait contraire à la raison de ne pas autoriser le créancier à prendre l'inscription, qui est la condition *sine quâ non* de l'efficacité du droit par lui valablement acquis. Il serait souverainement injuste de reconnaître moins de droits aux créanciers antérieurs à l'aliénation qu'aux créanciers postérieurs. Il faut donc permettre aux uns et aux autres de faire inscrire leurs hypothèques jusqu'à la mutation en douane [2].

2. *Faillite du débiteur.*

1561. Les effets que produit la faillite sur les hypothèques grevant les biens du débiteur peuvent être envisagés à un double point de vue. On peut rechercher l'influence qu'elle exerce sur la naissance du droit et sur sa conservation.

Nous nous sommes déjà expliqués sur le premier point [3], nous n'avons pas à y revenir.

Nous supposons donc que l'hypothèque ou le privilège a valablement pris naissance et nous ne traiterons que de leur conservation. La règle est écrite dans l'art. 2146 al. 1 *in fine :*

(1) Bressolles, *loc. cit.;* Troplong, *op. cit.*, 105; Aubry et Rau, § 209, II, 4e éd. p. 298, 5e éd. p. 446.

(2) Lyon-Caen et Renault, VI, 1640; Aubry et Rau, § 272, texte et note 15 *bis*, III, 5e éd. p. 546.

(3) *Supra*, II, 1342 et s.

« *Elles* [les inscriptions] *ne produisent aucun effet, si elles* » *sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant* » *l'ouverture des faillites sont déclarés nuls* » (1).

Cette disposition a été empruntée à l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an VII, aux termes duquel « l'inscription qui » serait faite dans les dix jours avant la faillite, banqueroute » ou cessation publique de paiement d'un débiteur ne confère » point hypothèque ». L'art. 2146 frappe également d'inefficacité l'inscription prise dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. Ce délai était alors fixé par la déclaration du mois de novembre 1702 ; il comprenait les dix jours précédant la faillite *publiquement connue*. Ainsi, d'après l'art. 2146, l'inscription ne produisait aucun effet lorsqu'elle était prise depuis la faillite ou dans les dix jours qui avaient précédé le jour où elle était devenue notoire.

Le code de commerce de 1807 ne s'est pas occupé des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques. Il a cependant étendu la sphère d'application de l'art. 2146 en élargissant la durée de la période suspecte. Il résulte en effet de la combinaison de ses art. 441 et 444 que le tribunal fixait souverainement l'époque de l'ouverture de la faillite. Il pouvait la faire remonter dans le passé à la date de la cessation des paiements, alors même que cet état n'était pas notoire. Certains actes consentis par le débiteur depuis cette date ou dans les dix jours précédents se trouvaient frappés de nullité. Les inscriptions de privilège ou d'hypothèque faites pendant cette période étaient atteintes par l'art. 2146. Cette règle était d'autant plus rigoureuse que le tribunal ne jouissait d'aucun pouvoir d'appréciation et que l'inefficacité de l'inscription avait lieu de plein droit. La loi, dans sa sévérité, frappait des créanciers qui avaient pu ignorer l'état de cessation de paiements du débiteur et auxquels on ne pouvait reprocher quelquefois aucune négligence.

(1) Belgique, *C. co.*, art. 447 modifié par la L. du 18 avril 1851. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1741. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1780; *C. co.*, art. 723. — Montenegro, *C. gén. des biens*, art. 195. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 66. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3323-3326. — Haïti, *C. civ.*, art. 1913.

1562. La loi du 28 mai 1838 a corrigé ce que cette rigueur avait d'excessif. Les motifs du législateur se découvrent facilement. Au premier abord, il semble juste que l'inscription soit efficace du moment où l'hypothèque est valable. Si l'hypothèque n'est pas suspecte, on ne comprend pas de suite pourquoi il serait interdit de conserver un droit régulièrement acquis. En y réfléchissant, on perçoit cependant la fraude que la loi redoute. Si le créancier qui a stipulé une hypothèque avait la faculté de la faire utilement inscrire jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite, il pourrait la tenir secrète jusqu'à la veille du désastre. Les tiers seraient ainsi trompés sur la solvabilité d'un débiteur, dont les immeubles leur apparaîtraient francs et libres de toute hypothèque; ils seraient naturellement portés à lui faire crédit et à lui consentir des prêts; leur confiance serait récompensée par la perte de leur créance, tandis qu'un autre créancier mieux avisé, après les avoir induits en erreur, obtiendrait un paiement intégral grâce à son hypothèque. Ce n'est pas là le seul danger que le législateur ait voulu prévenir. Sans doute, il craint la complaisance d'un créancier véritable; mais il redoute la connivence d'un créancier fictif, d'autant plus porté à ne pas entraver les projets du débiteur qu'il n'a pas de créance sérieuse à sauvegarder. Si l'on peut démontrer qu'il n'est pas véritablement créancier, on parviendra à l'écarter. Mais la preuve sera bien difficile à administrer. Il vaut mieux prévenir la fraude que de poursuivre une répression presque impossible. C'est sous l'empire de ces préoccupations que le législateur a édicté l'art. 448 C. co., et introduit, en modifiant l'art. 2146, les distinctions que nous allons exposer. Disons seulement que ces règles s'appliquent également au cas où un commerçant est admis au bénéfice de la liquidation judiciaire, en vertu de l'art. 5 al. 2 de la loi du 4 mars 1889 rapproché de l'art. 4 de la même loi. *Brevitatis causa,* nous ne parlerons, dans tous nos développements, que de la faillite.

1563. La loi accorde aux créanciers *jusqu'au jour du jugement* déclaratif pour faire inscrire leurs privilèges et leurs hypothèques. Il en résulte que l'inscription ne peut pas être

prise utilement ce jour là ; elle doit l'être au plus tard la veille. Cette règle est aussi absolue que celle de l'art. 2146, la nullité est nécessaire ; les tribunaux n'ont aucun pouvoir d'appréciation. La nullité est prononcée à l'égard de la masse (1).

1564. La disposition de l'art. 448 C. co. ne s'applique qu'aux inscriptions requises sur les immeubles du failli pour la conservation de droits de préférence nés de son chef. Il faut en conclure que les créanciers du précédent propriétaire ont la faculté de faire inscrire les hypothèques que celui-ci leur a concédées sur des immeubles vendus au failli, si la vente n'a pas été transcrite. D'une part, l'aliénation ne leur est pas opposable ; ils ont le droit de prétendre que l'inscription est par eux requise sur un immeuble qui n'a pas cessé d'appartenir à leur débiteur et qui n'est pas devenu à leur égard la propriété du failli. D'autre part, ces hypothèques n'ont pas été constituées par le failli et la loi de l'égalité ne peut pas être ici invoquée (2).

1565. L'hypothèse inverse peut se présenter. On suppose que le failli, après avoir constitué une hypothèque sur un de ses immeubles, l'a aliéné et que l'acte d'aliénation n'a pas encore été transcrit. Dans ces conditions, le créancier hypothécaire peut-il faire inscrire utilement son hypothèque ? L'affirmative semble bien résulter des règles que nous avons posées. L'immeuble a cessé d'être la propriété du failli ; il n'est plus le gage de ses créanciers ; la masse n'a plus intérêt à la nullité de l'inscription et comme l'art. 448 C. co. a été exclusivement édicté en sa faveur, nul n'a qualité pour en réclamer l'application (3).

(1) Aubry et Rau, § 272, texte et note 18, III, 4e éd. p. 331, 5e éd. p. 547 ; Lyon-Caen et Renault, V, 303, VII, 281 ; Guillouard, III, 1132 ; Valabrègue, 350 ; Thaller, p. 992, *Note ;* Huc, XIII, 310 ; Planiol, II, 3018. — Amiens, 26 déc. 1855, D., 57. 2. 35, S., 56. 2. 563. — Req., 18 fév. 1873, D., 74. 1. 166, S., 73. 1. 397. — Grenoble, 19 août 1882, D., 83. 2. 100. — Civ. rej., 24 mars 1891, D., 91. 1. 145, S., 91. 1. 209. — Trib. civ. Bourganeuf, 22 juin 1894, D., 95. 2. 190.

(2) Persil, II, sur l'art. 2146, XV ; Grenier, II, 364 ; Troplong, III, 655 *ter ;* Pont, II, 907 ; Aubry et Rau, § 272, texte et note 24, III, 4e éd. p. 332, 5e éd. p. 549 ; Thézard, 155 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 284 ; Guillouard, III, 1139 ; Huc, XIII, 312.

(3) Persil, II, sur l'art. 2146, XI ; Troplong, III, 655 *ter ;* Pont, II, 908 ; Aubry

Cette solution ne nous paraît pas exacte dans tous les cas. Par l'effet du jugement déclaratif, la masse acquiert une hypothèque légale sur les immeubles du failli ; elle devient un tiers, pourvu que son hypothèque ait été régulièrement inscrite ; à partir de ce moment, elle peut opposer le défaut de transcription de l'acte d'aliénation (1). Si elle acquiert un droit sur l'immeuble aliéné par le failli, elle doit avoir la faculté d'invoquer l'art. 448 C. co. et de se prévaloir de l'inefficacité de l'inscription tardivement prise (2).

Mais la question devient plus difficile, lorsque l'hypothèque de la masse n'a pas été inscrite avant la transcription de l'acte d'aliénation ; nous supposons toujours que des créanciers hypothécaires du failli ont requis inscription de leur hypothèque mais avant la transcription de l'acte d'aliénation. Cette hypothèse diffère profondément de la précédente ; la masse ne peut pas prétendre que l'aliénation ne lui est pas opposable ; elle n'est pas autorisée à invoquer l'art. 3 de la loi de 1855 ; le droit qu'elle avait acquis n'a pas été conservé conformément à la loi avant la transcription de l'acte d'aliénation. Ne peut-on pas dire alors que l'exercice de l'hypothèque ne cause aucun préjudice à la masse et que par suite l'art. 448 C. co. ne recevra pas d'application ? Si le créancier hypothécaire obtient son paiement, c'est sur une valeur qui est sortie du patrimoine du débiteur et qui n'est pas comprise dans le gage de ses créanciers. On fait cependant remarquer que le créancier hypothécaire est colloqué en réalité sur le prix dû par l'acheteur, que cette créance du prix, faisant partie du patrimoine du failli, est affectée au paiement de la masse et qu'on fait ainsi produire effet à une inscription qui est destituée de toute efficacité à l'égard de la masse en vertu

et Rau, § 272, texte et note 25, III, 4e éd. p. 332, 5e éd. p. 549 ; Thézard, 155 ; Guillouard, III, 1139.

(1) Rivière et François, 60 ; Rivière et Huguet, 189 s. ; Lesenne, *Comment L. du 23 mars 1855*, 68 ; Flandin, II, 854 à 859 ; Aubry et Rau, § 209, texte et note 94, II, 4e éd. p. 312, 5e éd. p. 463 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 285 ; Boistel, 919 ; Huc, XIII, 311. — Req., 5 août 1869, D., 70. 1. 161, S., 69. 1. 393. — Req., 13 juill. 1891, D., 92. 1. 483, S., 92. 1. 257. — *Contra*, Troplong, *Transc.*, 148 149 ; Mourlon, *Transcr.*, II, 488 ; Demangeat sur Bravard, V, p. 301 s.

(2) Lyon-Caen et Renault, VII, 285 ; Huc, XIII, 311.

de l'art. 448. L'objection est tellement pressante que MM. Lyon-Caen et Renault font à ce sujet des réserves expresses. Il est cependant un cas où le droit du créancier hypothécaire nous paraît à l'abri de toute discussion. C'est lorsque l'aliénation a été suivie du paiement du prix effectué dans des conditions telles qu'il échappe à toute critique de la part de la masse. Le créancier hypothécaire conserve alors son droit de suite contre le tiers acquéreur ; si par son exercice il obtient son paiement, il le recevra sur le prix d'un bien qui était régulièrement sorti du patrimoine du failli et sur lequel la masse n'a plus aucun droit. Dans cette hypothèse, l'inscription doit conserver toute son efficacité ; les intérêts de la masse ne sont plus en jeu.

On objecte cependant que le tiers acquéreur exercera contre la faillite un recours en garantie et réclamera la réparation du préjudice que lui cause l'exercice de l'hypothèque.

Qu'importe ? L'action du tiers acquéreur aura pour objet le remboursement de la somme par lui payée au créancier hypothécaire. Or s'il ne produisait pas à la faillite, le créancier hypothécaire qui n'aurait pas été désintéressé par le tiers acquéreur pourrait certainement se présenter comme créancier chirographaire pour une somme égale. La masse n'a donc dans ce cas aucun intérêt à ce que l'inscription soit annulée. C'est pourquoi nous pensons que l'hypothèque aura alors toute son efficacité [1].

1566. L'art. 448 ne parle que des droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis avant le jugement déclaratif. Il est donc étranger aux droits de préférence qui naîtraient postérieurement. Il peut en effet advenir des biens au failli au cours de la faillite ; la masse profitera de cet accroissement du patrimoine de son débiteur, mais elle devra, par une équitable compensation, supporter les charges qui l'accompagnent. S'il en était autrement, elle profiterait d'un enrichissement injuste.

Si, par exemple, le failli est appelé à recueillir une succession, les créanciers héréditaires pourront demander la sépa-

[1] Cpr. Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.*

ration des patrimoines et requérir dans le délai de six mois l'inscription exigée par l'art. 2111, sans avoir à craindre qu'on leur oppose l'état de faillite de l'héritier [1].

De même, si, postérieurement au jugement déclaratif, il intervient un partage entre le failli et ses cohéritiers, ceux-ci pourront faire inscrire leur privilège sur les immeubles attribués au failli dans les soixante jours fixés par l'art. 2109 [2]. Pour le même motif, les légataires peuvent requérir inscription de leur hypothèque légale sur les immeubles de la succession dévolue au failli [3].

Enfin nous citerons encore, à titre d'exemple, le cas où le failli aurait, depuis le jugement déclaratif, acquis un immeuble. Si la masse veut profiter de cette acquisition, elle est obligée de subir l'exercice du privilège du vendeur [4].

1567. Le deuxième alinéa de l'art. 448 C. co. prévoit le cas où des inscriptions ont été prises avant le jour du jugement déclaratif de faillite mais depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui l'ont précédée. Elles ne sont pas nulles de plein droit, comme le décidait l'art. 2146. L'art. 448 C. co. modifie sur ce point les dispositions du code civil [5]. La loi, tenant compte des dangers que nous avons signalés, voulant réprimer une complicité coupable ou prévenir la négligence

[1] Lyon-Caen et Renault, VII, 287; Huc, XIII, 312; Beudant, II, p. 34, note 1. — Cpr. cep. Thaller, p. 994, note 2. Cet auteur n'exige pas que l'inscription de la séparation des patrimoines ait eu lieu dans le délai de six mois. Il considère que l'acceptation de la succession par le syndic oblige la masse à laisser les créanciers héréditaires se payer par préférence. Nous hésitons beaucoup à accepter cette théorie. C'est le failli qui est héritier; c'est au nom du failli et seulement en son nom que l'acceptation peut avoir lieu; le syndic agit donc comme représentant du failli et nous concevons difficilement qu'il naisse ainsi une obligation à la charge de la masse, une cause de préférence que la séparation des patrimoines seule peut engendrer. — Req., 29 déc. 1858, D., 59. 1. 102.

[2] Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-XVI; Boistel, 917; Lyon-Caen et Renault, VII, 287; Valabrègue, n. 350, p. 459-460; Huc, XIII, 312; Beudant, II, p. 36 note 1. — Cpr. Thaller, 1815, qui voit dans la soulte une dette de la masse. — V. à ce sujet la note précédente.

[3] Boistel, Lyon-Caen et Renault, *locc. citt.*

[4] Lyon-Caen et Renault, VII, 287 *in fine;* Huc, XIII, 312.

[5] Aubry et Rau, § 272, texte et note 20, III, 4e éd. p. 331, 5e éd. p. 548; Thézard, 153; Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-II et III; Guillouard, III, 1132-1133; Huc, XIII, 310; Planiol, II, 3019.

du créancier, fait une distinction. Elle proclame la validité des inscriptions si elles ont été prises dans la quinzaine de l'acte constitutif ; dans le cas contraire, elles peuvent être annulées ; elles ne sont pas nécessairement nulles :

« *Néanmoins les inscriptions prises après l'époque de la* » *cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent,* » *pourront être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze* » *jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou* » *du privilège et celle de l'inscription* » (1).

D'après le troisième alinéa, ce délai est susceptible d'augmentation à raison des distances :

« *Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myria-* » *mètres entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis* » *et le lieu où l'inscription sera prise* ».

Les tribunaux jouissent ici d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation ; la nullité n'est pas encourue de droit, comme dans les hypothèses prévues par l'art. 446 C. co. Elle est facultative. Pour qu'elle soit encourue, il n'est pas nécessaire que le créancier fût de mauvaise foi, qu'il ait eu connaissance de l'état de cessation de paiements du débiteur comme dans les cas prévus par l'art. 447 C. co. Sa bonne foi ne le met pas à l'abri de l'application de l'art. 448 C. co. Le tribunal tiendra compte de l'intervalle de temps qui s'est écoulé entre l'acte constitutif et l'inscription ; il recherchera si ce retard implique une négligence de la part du créancier, ou s'il n'est pas la conséquence de faits de force majeure, il recherchera aussi si ce retard a été de nature à induire les tiers en erreur sur la solvabilité du débiteur (2).

1567 I. Malgré le silence gardé par la loi du 4 mars 1889,

(1) Belgique, *C. co.*, art. 447 modifié par la L. du 18 avril 1851.

(2) Bravard et Demangeat, V, p. 286 ; Pont, II, 888 ; Aubry et Rau, § 272, texte et note 22, III, 4e éd. p. 332, 5e éd. p. 548 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 412 ; Guillouard, III, 1136 ; Valabrègue, n. 536, p. 480 ; Thaller, 1824 ; Huc, XIII, 310 ; Planiol, II, 3018. — Bourges, 9 août 1848, S., 48. 2. 597. — Req., 17 avril 1849, D., 49. 1. 150, S., 49. 1. 638. — Colmar, 15 janv. 1862, D., 62. 2. 101, S., 62. 2. 122. — Req., 2 mars 1863, D., 64. 1. 25, S., 63. 1. 425. — Bordeaux, 9 mars 1896. D., 99. 2. 65 (*Note* de M. Valéry), S., 99. 2. 273 (*Note* de M. Wahl). — Cpr. cep. Rouen, 16 mai 1857, D., 58. 2. 11. — Dijon, 7 fév. 1866, D., 66. 2. 48.

on est généralement d'avis d'appliquer le 2e al. de l'art. 448 C. co. à la liquidation judiciaire (1).

1568. Cette inefficacité des inscriptions est simplement relative. Elle est édictée dans l'intérêt de la masse; la loi veut que la situation respective des différents créanciers soit définitivement fixée au moment où le failli se trouve dessaisi de l'administration de son patrimoine, dont on poursuivra la liquidation dans l'intérêt commun. Elle frappe d'inefficacité toute inscription qui pourrait être prise ultérieurement; elle permet au tribunal de prononcer la nullité de l'inscription prise depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé. Elle veut protéger la masse des créanciers contre les fraudes dont ils seraient les victimes. La masse seule peut se prévaloir de la disposition de l'art. 448 C. co. Vis-à-vis de tous autres, l'inscription produira ses effets; elle les produira à l'égard du failli; elle les produira même à l'égard des créanciers agissant en leur nom personnel, dans leur intérêt particulier, notamment à l'égard des créanciers hypothécaires de l'acheteur failli qui ne pourraient pas en leur nom particulier invoquer la nullité de l'inscription (2); c'est à la masse seule, représentée par le syndic, qu'appartient le droit de s'en prévaloir. Par conséquent, le failli, qui aurait obtenu un concordat auquel n'aurait pas participé le créancier hypothécaire tardivement inscrit, ne serait pas fondé à demander la radiation de l'inscription en offrant de payer le dividende convenu par le concordat (3).

1569. Les dispositions que nous venons d'analyser dérogent au principe que l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque peut être prise utilement à une époque quelconque sur le débiteur propriétaire. Aussi convient-il de les interpréter restrictivement : *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Il ne faudrait donc pas appliquer à la déconfi-

(1) Lyon-Caen et Renault, VIII, 1065; Beudant, II, 533. — V. cep. Planiol, II, 3022.

(2) Toulouse, 8 mai 1888, D., 89. 2. 208. — *Sic* Guillouard, III, 1281; Huc, XIII, 310; Beudant, II, p. 36, note 1.

(3) Pont, II, 880; Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 332, 5e éd. p. 548; Guillouard, III, 1137. — Req., 10 fév. 1863, D., 63. 1. 300, S., 63. 1. 262.

ture [1] ce que la loi dit de la faillite ou de la liquidation judiciaire. L'inscription peut alors être prise même après la transcription de la saisie [2].

Il en est autrement en matière maritime et l'inscription est frappée d'inefficacité lorsqu'elle a été prise après la transcription de la saisie, quoique la constitution de l'hypothèque ait précédé cet événement [3].

1570. En ce qui concerne la cession de biens volontaire ou judiciaire, nous avons déjà indiqué [4] les difficultés de cette matière. Nous avons exposé les incertitudes qui planent sur le caractère de cette institution; nous n'avons pas à prendre parti sur une controverse qui se rattache à la théorie générale des obligations. Nous nous contenterons de faire connaître les conséquences qu'engendre chacune des doctrines proposées.

Un premier point est hors de toute contestation. Si la cession de biens est translative de propriété et si elle a été transcrite, il est certain que les créanciers du débiteur qui l'a consentie ne peuvent plus utilement faire inscrire leurs hypothèques. C'est une application des principes généraux; la transcription d'un acte translatif de propriété met un terme à la faculté de s'inscrire du chef de l'aliénateur (art. 6, L. 23 mars 1855) [5].

La question ne se présente donc que dans le cas où le débiteur conserve, comme il arrive d'ordinaire, la propriété des

(1) Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1732. — Valais, *C. civ.*, art. 1899, al. 3. — Zurich, *C. civ*, art. 339.

(2) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 13; Persil, II, sur l'art. 2146, XI; Fournier-Verneuil, *Note* dans S., 11. 2. 273; Grenier, I, 123; Troplong, III, 661; Pont, II, 876; Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 332, 5e éd. p. 549; Thézard, 154; Laurent, XXXI, 25; Garraud, *De la déconfiture*, p. 82 s.; Guillouard, III, 1140; Lepinois, IV, 1609; Huc, XIII, 313. — Nancy, 5 déc. 1811; Rennes, 24 mars 1812, cités *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1428, S., 14. 2. 61. — Paris, 29 juin 1812; Paris, 18 août 1812, S., 13. 2. 14. — Req., 11 fév. 1813 (*an* 1812), *J. G.*, eod. v°, 1428, S., 13. 1. 124. — Paris, 9 juin 1814, S., 15. 2. 337. — Cpr. Lyon, 13 mai 1886, *J. G. Suppl.*, v° *Faillite*, 744. — *Contra* Bruxelles, 17 (ou 7, d'après Merlin) fév. 1810, *J. G.*, eod. v°, 1428, S., 10. 2. 235.

(3) Civ. rej., 6 nov. 1893, D., 95. 1. 273, S., 94. 1. 225 (*Note* de M. Lyon-Caen). — *Contra* Levillain, *Note* dans D., *loc. cit.*

(4) *Supra*, II, 1341.

(5) Guillouard, III, 1141; Lepinois, IV, 1609; Huc, XIII, 313. — Cpr. Paris, 14 mars 1826, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1696, S., 27. 2. 62.

biens compris dans la cession. Que celle-ci soit volontaire ou qu'elle soit judiciaire, elle n'a qu'une autorité relative (art. 1615 et 1351); elle ne produit d'effet qu'à l'égard de ceux qui y ont été parties, elle ne saurait être opposée aux tiers. Par conséquent les créanciers au profit desquels des hypothèques ont été valablement constituées conservent la faculté de les faire inscrire, pourvu qu'ils n'aient pas concouru au contrat d'abandonnement ou qu'ils n'aient pas figuré au jugement par lequel la cession a été admise. Il est impossible d'assimiler à ce point de vue la cession de biens à la faillite [1]. L'art. 2146 est un article exceptionnel; la cession de biens n'est pas la faillite; alors même que ces deux institutions présenteraient certaines ressemblances, les situations ne sont pas identiques; la cession de biens ne produit pas l'effet absolu de la faillite. L'art. 2146, spécial à la seconde, ne saurait être étendu à la première.

Pour les créanciers qui ont été parties au contrat d'abandonnement ou au jugement qui admet la cession, le principe doit être le même et pour le même motif. L'art. 2146 doit être écarté. Cependant l'efficacité de l'inscription dépend, à l'égard des autres bénéficiaires de la cession, des termes de la convention. Si les parties étaient, par exemple, convenues que les droits des créanciers seraient réglés dans l'état où les parties se trouvaient au moment de la convention, il nous paraît certain qu'aucune d'elles ne pourrait rendre opposable aux autres l'hypothèque qui lui appartiendrait. En elle-même et en droit, l'inscription est valable; elle est efficace; mais le créancier ne peut pas se prévaloir de son hypothèque à l'égard de ceux qui ont été parties à l'abandonnement. Il s'est interdit ce droit et y a renoncé. Par conséquent, c'est une question de consentement; il appartient aux juges d'interpréter souverainement la convention [2].

[1] Persil, II, sur l'art. 2146, X; Troplong, III, 662; Martou, III, 1017; Pont, II, 877; Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 332, 5e éd. p. 549-550; Guillouard, III, 1141; Lepinois, IV, 1609; Huc, XIII, 313; Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 1642, 1650. — *Contra* Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 4, n. 6; Grenier, I, 124.

[2] Aubry et Rau, § 272, texte et note 28, III, 4e éd. p. 333, 5e éd. p. 550; Larombière, *Oblig.*, IV, sur l'art. 1269, n. 5; Guillouard, III, 1141; Huc, XIII, 313;

3. *Mort du débiteur, suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession.*

1571. « *Il en est de même* [c'est-à-dire que les inscriptions » ne produisent aucun effet] *entre les créanciers d'une succes-* » *sion, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis* » *l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée* » *que par bénéfice d'inventaire* » (art. **2146** al. **2**) (1).

Un débiteur, dont les immeubles sont grevés de privilèges ou d'hypothèques, vient à mourir. Les créanciers, qui n'ont pas pris inscription avant son décès, peuvent se mettre en règle si la succession du débiteur est acceptée purement et simplement (2); l'inscription sera prise alors sous le nom du défunt ou sous celui de ses héritiers, au choix du créancier (art. **2149**). Mais si la succession du débiteur n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire, la formalité de l'inscription ne peut plus être utilement remplie. Quel est le motif?

1571 I. Voici la première explication que l'on donne de l'art. **2146**. Le lien qui paraît exister dans l'art. **2146** entre la disposition que nous venons de transcrire et la précédente relative à la faillite, permet de croire que le législateur a considéré l'acceptation sous bénéfice d'inventaire comme impliquant l'insolvabilité du défunt (3) : ce qui l'a conduit à établir une sorte d'assimilation entre l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la déclaration de faillite. Le législateur a sans doute pensé que, lorsque l'insolvabilité d'un homme décédé est devenue ou va devenir notoire par l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession, le sort de tous ses créanciers doit être définitivement fixé d'après l'état de choses existant lors de son décès, et qu'il ne faut pas tenir compte par suite des inscriptions prises après cet événement. Autrement le créancier, qui, plus rapproché du domicile du défunt ou mieux rensei-

Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 1642, 1650. — Cpr. Demolombe, *Contrats*, V. 219 et 230.

(1) Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 82, rapp. art. 112. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1731. — Pologne, L. 26 avril 1818, art. 125. — Grèce, L. 11 août 1836, art 65. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2092. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3327. — Haïti, *C. civ.*, art. 1913.

(2) *Infra*, II, 1582.

(3) Beudant, II, 534 et p. 37 note 2. — Cpr. Planiol, II, 3023 et s.

gné, aurait pris inscription le premier, serait préféré sans motif à d'autres créanciers, ayant privilège ou hypothèque sur les mêmes biens, et qui, moins favorisés par les circonstances, ne se sont inscrits qu'un peu plus tard.

1572. Cette explication se conçoit à la rigueur lorsque l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est volontaire. Mais il existe des cas dans lesquels la loi l'impose. Ainsi la succession échue à un mineur ne peut être acceptée que sous bénéfice d'inventaire (art. 461). De même, lorsque les héritiers de celui qui est appelé à recueillir une succession et qui est décédé sans avoir opté, ne sont pas d'accord sur le parti à prendre, la succession doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire (art. 782). Dans ces hypothèses l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne fait naître aucune présomption d'insolvabilité ; tout au plus peut-elle, dans le dernier cas, inspirer des doutes. Or la disposition de l'art. 2146 est générale ; il est impossible de distinguer entre l'acceptation bénéficiaire volontaire et l'acceptation bénéficiaire forcée. La même règle les régit l'une et l'autre ; les inscriptions prises depuis le décès sont frappées de la même inefficacité. Le motif que l'on invoque pour expliquer l'art. 2146 n'existe donc pas dans tous les cas auxquels le texte s'applique.

Cette explication d'ailleurs ne satisfait pas la raison. Car l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne peut engendrer qu'une présomption d'insolvabilité, et cette présomption produirait des effets plus étendus qu'une insolvabilité même notoire. Nous avons vu que l'état de déconfiture du débiteur, même révélé par la saisie de ses biens, ne met pas un terme à la faculté de faire utilement inscrire les privilèges et les hypothèques.

1573. Colmet de Santerre, qui paraît approuver cette disposition législative, la justifie par un autre motif. « L'inscrip-
» tion, dit cet auteur [1], est comme la confirmation de l'hy-
» pothèque ; or la confirmation ne peut avoir lieu quand la
» constitution serait impossible. L'héritier bénéficiaire ne pour-
» rait pas, sans abdiquer sa qualité, constituer une hypothèque ;

[1] Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-I.

» or la loi ne peut pas le dépouiller de sa qualité parce qu'un » créancier prendrait une inscription ; donc l'inscription ne » peut pas avoir l'effet confirmatif qu'elle a par nature, puis- » qu'elle a pour but de faire naître d'une façon effective le droit » de préférence ».

En supposant que l'inscription puisse être considérée comme une confirmation de l'hypothèque, ce raisonnement aurait de la valeur, si l'inscription s'opérait par le fait de l'héritier, ou si tout au moins sa validité supposait nécessairement son concours, son consentement. On pourrait dire alors que l'héritier ne peut pas plus confirmer une hypothèque qu'en constituer une, sans perdre son bénéfice d'inventaire, et que par suite on doit le considérer comme refusant le consentement sans lequel l'hypothèque ne peut pas être confirmée, devenir efficace par l'inscription. Mais où voit-on dans la loi que le débiteur ou son héritier, qui le remplace et qui ne saurait avoir plus de droits que lui, ait un rôle à jouer dans l'accomplissement de la formalité de l'inscription, sinon un rôle absolument passif? L'inscription est l'œuvre du créancier seul ; de sorte que, si elle est une confirmation de l'hypothèque, la confirmation est complètement étrangère à l'héritier, comme l'acte duquel elle résulte. Comment alors cette circonstance, que l'héritier ne peut pas confirmer l'hypothèque sans perdre son bénéfice d'inventaire, pourrait-elle être de quelque considération, puisqu'il ne confirme rien ? (1).

Nous irons même plus loin. L'inscription n'est pas une confirmation de l'hypothèque (2). Nous savons bien que Colmet de Santerre n'emploie pas absolument cette formule. Il dit seulement que l'inscription est *comme* la confirmation de l'hypothèque. Ces atténuations de langage sont les pires ennemis de la précision et sont de nature à jeter l'incertitude sur les solutions les plus certaines. Si l'inscription était une confirmation de l'hypothèque, si le décès du débiteur suivi de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession mettait

(1) Planiol, II, 3025.
(2) Huc, XIII, 318.

le créancier dans l'impossibilité de s'inscrire utilement, parce que l'héritier bénéficiaire ne peut pas hypothéquer les immeubles héréditaires sans perdre sa qualité, il faudrait logiquement appliquer la même solution dans toutes les hypothèses analogues. Si le débiteur, capable au jour de la constitution de l'hypothèque, devient incapable avant l'inscription, par exemple est frappé d'interdiction, l'inscription devrait être frappée d'inefficacité. Or la loi n'a nulle part posé ce principe ; nul auteur n'a proposé cette règle. Ne faut-il pas en conclure que l'explication tentée par Colmet de Santerre ne saurait être accueillie ? Elle ne satisfait pas la raison ; elle n'est pas conforme aux principes de la loi.

1574. La disposition de l'art. 2146 est spéciale au cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. C'est donc dans la nature et les effets de cette acceptation qu'il faut chercher l'explication de la loi. Cette acceptation modifie la situation des créanciers. Ce changement nous donnera, croyons-nous, la justification *légale* de l'art. 2146. Lorsqu'à la mort du débiteur sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, les créanciers qui avaient jusque-là un débiteur personnel engagé sur tous ses biens présents et à venir perdent le bénéfice de cette situation. Ils continuent d'avoir pour gage le patrimoine de leur débiteur décédé ; mais ce patrimoine est immuablement fixé, il n'est susceptible ni d'accroissement ni de diminution. La personne du débiteur disparaît d'une manière définitive ; elle n'est pas continuée. Il faut procéder à la liquidation de ce patrimoine. Les droits des parties seront réglés, comme si cette liquidation s'opérait instantanément, au moment même du décès. A partir de cette époque, il devient impossible de s'assurer une cause de préférence. Ainsi s'explique le rapprochement fait par la loi entre la faillite et le bénéfice d'inventaire. Dans les deux cas il y a également lieu de procéder à la liquidation d'un patrimoine. Dans les deux cas, la condition des créanciers hypothécaires sera la même et les inscriptions qu'ils pourront requérir seront également frappées d'inefficacité. Peu importe que l'acceptation bénéficiaire soit volontaire ou forcée ; par l'effet de l'une et de l'autre, le *de cujus* n'a pas

de continuateur de sa personne, la liquidation du patrimoine s'opèrera dans les mêmes conditions [1].

1575. Toutefois, le motif que nous proposons pour justifier la disposition que nous analysons est loin d'être péremptoire. En définitive, le sort des créanciers, qui, surpris peut-être par la mort du débiteur, n'ont pu prendre inscription qu'après cet événement, va dépendre de l'héritier, ce qui est fort injuste. Accepte-t-il la succession purement et simplement, leurs inscriptions seront valables. Au contraire, s'il accepte sous bénéfice d'inventaire, leurs inscriptions demeureront sans effet. D'autre part, comment expliquer que le bénéfice d'inventaire, introduit uniquement en faveur de l'héritier, puisse réagir sur la situation respective des créanciers de la succession et les empêcher de conserver par une inscription des droits de privilège ou d'hypothèque valablement acquis avant le décès ?

Si on comprend la règle de la loi lorsque le créancier s'est rendu coupable de négligence, il est impossible de la justifier dans le cas contraire. Le créancier le plus vigilant peut être surpris par la mort inopinée de son débiteur, et, si la succession de celui-ci est acceptée sous bénéfice d'inventaire, il perdra les garanties sous la foi desquelles il avait consenti à traiter. C'est souverainement injuste. La loi aurait dû procéder comme l'a fait l'art. 448 C. co. en matière de faillite, fixer un délai pendant lequel les inscriptions auraient toujours pu être utilement prises et confier aux tribunaux le pouvoir d'annuler les inscriptions tardives [2].

Aussi la disposition qui nous occupe a-t-elle disparu de la loi belge du 16 décembre 1851, qui toutefois limite à trois mois à dater du décès la faculté de prendre utilement inscription, afin que la liquidation des successions ne soit pas indéfiniment entravée ; et chez nous, dans les discussions législatives qui se sont produites de 1849 à 1851, on paraissait à peu près d'accord pour supprimer complètement l'al. 2 de l'art. 2146.

[1] Aubry et Rau, § 272, note 30, III, 4e éd. p. 333, 5e éd. p. 550-551 ; Thézard, 154 ; Guillouard, III, 1142. — Cpr. Beudant, II, p. 37, note 2 ; Surville, II, 666.

[2] Huc, XIII, 314.

1576. Un créancier prend inscription après la mort de son débiteur et avant que l'héritier du défunt n'ait pris parti ; plus tard l'héritier accepte la succession sous bénéfice d'inventaire. On demande si l'inscription est valable. Il faut répondre qu'elle est nulle, parce que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, comme l'acceptation pure et simple, rétroagit au jour de l'ouverture de la succession (art. 777).

Il n'y a donc pas lieu de tenir compte de l'époque à laquelle l'inscription a été prise, pourvu qu'elle soit postérieure au décès. Qu'elle ait été requise avant ou depuis l'acceptation bénéficiaire, la solution est la même (1).

En sens inverse, les inscriptions prises après le décès du débiteur seraient valables si le successible, ayant d'abord accepté bénéficiairement, devenait ensuite héritier pur et simple, soit parce que son acceptation bénéficiaire serait annulée (2), soit parce qu'il renoncerait expressément ou tacitement au bénéfice d'inventaire ; il serait en effet censé avoir toujours été héritier pur et simple (arg. art. 777) (3).

Nous avons dit cependant que, d'après la jurisprudence, les créanciers héréditaires avaient alors un droit acquis au bénéfice de la séparation des patrimoines et qu'ils ne pouvaient en être privés par le fait de l'héritier. Ne faudrait-il pas en conclure que les inscriptions prises sur les immeubles héréditaires restent destituées de toute efficacité, lorsque l'héritier encourt la déchéance du bénéfice d'inventaire ? C'est la solution qui a été consacrée (4). Nous avons déjà exposé les doutes que nous laisse cette théorie (5). Il semble toutefois impossible

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Succ. vac.*, § 1 : Grenier, I, 120 ; Troplong, III, 658 *ter* ; Pont, II, 918 ; Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 333-334, 5e éd. p. 551 ; Guillouard, III, 1144 ; Huc, XIII, 314 ; Planiol, II, 3026.

(2) Toulouse, 28 mai 1896, D., 98. 2. 136, S., 98. 2. 174.

(3) Tambour, *Du bénéfice d'inventaire*, 410 ; Demolombe, *Succ.*, III, 397 ; Pont, II, 920 ; Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 334, 5e éd. p. 552 ; Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-III ; Thézard, 154 ; Guillouard, III, 1146 ; Huc, XIII, 314 ; Planiol, II, 3029 ; Le Sellyer, *Succ.*, II, 957 et s. — Cpr. Beudant, II, p. 38, note 1. — Caen, 16 juill. 1834, *J. G.*, v° *Succ.*, 540, S., 35. 2. 559.

(4) Grenoble, 26 déc. 1891, D., 92. 2. 279, S., 93. 2. 33 (*Note* de M. Wahl). — Toulouse, 28 mai 1896, D., 98. 2. 136, S., 98. 2. 174. — *Sic* Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 1586.

(5) *Supra*, I, 862.

d'appliquer l'art. 2146 à l'inscription qui serait requise depuis la déchéance.

1577. La succession du débiteur est échue à un héritier mineur ou interdit; elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Les inscriptions prises après le décès seront-elles nulles? La raison de douter est, pour certains auteurs, que la succession échue à un mineur ou à un interdit ne peut être acceptée autrement que sous bénéfice d'inventaire (art. 461): une semblable acceptation n'implique donc pas ici, comme dans les cas ordinaires, le mauvais état des affaires du défunt.

Sans doute. Mais si la succession n'est pas nécessairement mauvaise, elle peut l'être, et c'est justement dans cette hypothèse que la question présentera de l'intérêt; car s'il y a de quoi payer tous les créanciers, il importe peu que les inscriptions prises après le décès soient valables ou nulles. Or, quand la succession sera mauvaise, comment pourrait-on expliquer que les inscriptions prises après le décès fussent déclarées valables par suite de cette circonstance que l'héritier est mineur ou interdit? Elles seront donc nulles. D'ailleurs la loi ne distingue pas.

Cette solution s'explique au contraire sans peine dans la théorie qui rattache l'art. 2146 aux effets particuliers de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Qu'importe que l'héritier soit majeur ou mineur? Le défunt n'a pas de continuateur de sa personne. La liquidation de son patrimoine s'opèrera dans les mêmes conditions [1].

1578. Le défunt a laissé plusieurs héritiers; les uns acceptent la succession purement et simplement, les autres sous bénéfice d'inventaire. Les inscriptions prises après le décès seront-elles valables?

Cette question se rattache intimement à une difficulté que nous avons déjà signalée en traitant de la séparation des patrimoines [2]. Si l'on admet que l'acceptation bénéficiaire de

[1] Persil, II, sur l'art. 2146, XIII; Duranton, XX, 82; Troplong, III, 659; Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 333, 5e éd. p. 551; Pont, II, 917; Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-II; Thézard, 154; Demolombe, *Succ.*, III, 174; Guillouard, III, 1144; Huc, XIII, 314. — Toulouse, 2 mars 1826, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 673-3°, S., 26. 2. 216. — Bordeaux, 24 juin 1826, S., 26. 2. 306. — *Contra* Grenier, I, 122.

[2] *Supra*, I, 862.

l'un des héritiers produit un effet absolu, qu'elle engendre une véritable séparation des patrimoines pour toute l'hérédité et que cette séparation des patrimoines survit même au partage en nature des biens héréditaires, on sera naturellement porté à appliquer dans ce cas l'art. 2146 et à décider que l'inscription requise par les créanciers du défunt est complètement inopérante. C'est la conséquence à laquelle conduit la théorie de l'indivisibilité de l'état créé par l'acceptation bénéficiaire de l'un des héritiers (1). Si l'on pense avec la jurisprudence que cet effet doit être limité à la durée de l'indivision, le sort des inscriptions prises pendant ce laps de temps demeurera en suspens. Elles seront inefficaces, si les immeubles grevés sont vendus pendant cette période soit par les héritiers en commun, soit sur la poursuite des créanciers du défunt (2). Elles produiront au contraire leur effet sur les immeubles grevés qui, par suite d'un partage en nature, tomberont au lot des héritiers purs et simples (3).

En sens inverse, on pourrait prétendre que les inscriptions sont toujours valables et produisent leur effet à l'égard de tous. On dirait, pour justifier cette solution : La loi n'annule les inscriptions prises après le décès que « dans le cas où la » succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire » : ce qui suppose que tous les héritiers acceptent de cette manière. On doit d'autant plus facilement adopter cette solution que la disposition de l'art. 2146 al. 2, outre qu'elle est d'une rigueur extrême, contient une exception à une règle générale, et une exception dont le mérite est fort contestable : or *exceptio est strictissimæ interpretationis.*

On peut enfin soutenir que l'inscription est valable en tant qu'elle frappe la part indivise de l'héritier pur et simple, et inefficace en tant qu'elle atteindrait la part indivise de l'hé-

(1) Delvincourt, III, p. 355; Pont, II, 919.

(2) Rouen, 1er mars 1817, S., 17. 2. 173 et sur pourvoi Req., 19 fév. (non août) 1818, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1152, S., 19. 1. 131. — Civ. cass., 18 nov. 1833, *J. G.*, v° *Succ.*, 788, S., 33. 1. 817. — Cpr. Duranton, XX, 84.

(3) Aubry et Rau, § 272, texte et note 36, III, 4e éd. p. 335, 5e éd. p. 552-553; Thézard, 154. — V. Civ. cass., 25 août 1858, D., 58. 1. 356, S., 59. 1. 65. — Cpr. Civ. cass., 3 août 1857, D., 57. 1. 336, S., 58. 1. 286. — Metz, 25 juill. 1865, D., 65. 2. 157, S., 66. 2. 249.

ritier bénéficaire [1]. L'art. 2146 renferme certainement une disposition rigoureuse ; elle est une exception à cette règle que les inscriptions peuvent être prises valablement après le décès du constituant, soit sur le défunt (art. 2149), soit sur tous ses héritiers nominativement désignés. Cet article doit être interprété limitativement. Il frappe d'inefficacité les inscriptions requises après décès, lorsque la succession n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Son application doit donc être limitée à l'étendue de l'acceptation bénéficiaire, en vertu du principe de la division des vocations héréditaires. Par conséquent, l'inscription doit être valable pour la part indivise de l'héritier pur et simple, inefficace pour celle de l'héritier bénéficiaire.

On peut objecter que cette solution divise l'hypothèque, et est par conséquent contraire à la règle de son indivisibilité.

L'objection nous paraît exagérer la portée du principe de la loi. De l'indivisibilité de l'hypothèque on n'a pas le droit de conclure qu'elle ne peut être conservée pour partie seulement. Sans doute, si l'inscription a été régulièrement prise sur le constituant, elle produira ses effets contre les héritiers, quel que soit leur nombre, quelles que soient les modalités de leur acceptation. Mais si la publicité n'a pas été réalisée avant le décès, la conservation de l'hypothèque subira nécessairement le contre-coup de cet événement. Si l'inscription n'est prise que sur un seul des héritiers, en supposant que tous aient accepté purement et simplement, elle sera valable, mais elle ne pourra produire d'effet que sur la part indivise de celui du chef duquel elle a été requise. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans notre hypothèse ? L'inefficacité de l'inscription pour la part indivise de l'héritier bénéficiaire sera sans influence sur sa validité en ce qui concerne la part indivise de l'héritier pur et simple. Cette solution est en harmonie parfaite avec le motif de l'art. 2146. Il est inspiré par cette pensée que le défunt a disparu sans laisser de continuateur de sa personne, que les créanciers héréditaires

[1] Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-IV ; Guillouard, III, 1147 ; Huc, XIII, 314 ; Surville, II, 666. — Cpr. Planiol, II, 3030.

n'ont plus de débiteur personnel, que leur gage est désormais immobilisé et définitivement fixé aux biens délaissés par le *de cujus* et que la liquidation doit s'en effectuer suivant l'état de choses existant au moment du décès. Or, dans notre hypothèse, cette considération n'est que partiellement vraie. Donc l'art. 2146 ne doit recevoir qu'une application partielle.

On oppose à un autre point de vue l'indivisibilité de l'hypothèque ; on objecte qu'elle frappe la totalité et chacune des fractions de l'immeuble grevé, *est tota in toto et tota in quálibet parte,* et qu'il est impossible qu'elle soit ainsi limitée à une fraction indivise du bien affecté.

Nous ferons remarquer que l'indivisibilité est de la *nature,* et non de l'*essence* de l'hypothèque. Il est loisible aux parties de déroger à cette règle ; l'hypothèque n'en continuera pas moins de subsister ; car ce n'est pas une condition requise pour son existence. Les parties peuvent donc convenir que l'acquittement partiel de la dette libèrera proportionnellement l'immeuble grevé ; elles peuvent stipuler qu'en cas de division ou de partage chacune de ses fractions ne répondra que d'une part de la dette calculée d'après la valeur respective de chacune d'elles. Il n'y a donc aucun obstacle à ce que l'indivisibilité de l'hypothèque subisse une modification par suite des principes consacrés par notre code. L'hypothèque ne peut plus alors s'exercer que sur une partie indivise des immeubles grevés. L'hypothèque existe bien en principe, mais elle a en partie perdu son efficacité ; l'inscription nécessaire pour la vivifier ne peut être requise utilement que sur la part de l'héritier pur et simple.

1579. Cette solution donne naissance à une autre question. Quelle sera l'étendue de la garantie résultant de l'inscription ainsi valablement prise? Le créancier pourra-t-il demander sa collocation pour le montant intégral de sa créance ou son droit sera-t-il limité à la fraction de la dette dont répond l'héritier pur et simple? La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point et cependant la difficulté est de nature à se présenter dans la théorie qu'elle a admise. L'inscription est valable en tant qu'elle frappe les immeubles

mis par l'effet d'un partage en nature au lot des héritiers purs et simples. Quels effets produira-t-elle alors? L'équité porterait à décider que le droit de préférence doit être restreint à la part de la dette que doivent supporter les héritiers purs et simples. Par l'effet de la dévolution héréditaire, les dettes se diviseraient de telle sorte qu'il y aurait deux obligations parfaitement distinctes garanties par deux hypothèques séparées. Cette solution est incontestable en ce qui concerne l'action personnelle. Elle est au contraire bien douteuse pour l'action hypothécaire. L'hypothèque est indivisible (art. 2114) ; elle garantit la totalité et chaque partie de l'obligation. Les art. 873 et 1221 en déduisent cette conséquence que l'héritier détenteur de l'immeuble grevé peut être poursuivi pour la totalité de la dette. Cette solution semble d'autant plus rationnelle que, nous l'avons déjà dit, la publicité des hypothèques n'est requise qu'à l'égard des tiers, que leur efficacité n'est subordonnée à l'égard des héritiers du constituant à aucune condition d'inscription [1]. L'art. 2146 ne peut donc exercer ici aucune influence.

L'opinion contraire est cependant professée par Colmet de Santerre [2]. Il décide que l'inscription ne garantit que la part de dette à la charge de l'héritier pur et simple. Il fait remarquer que les dispositions de la loi supposent une hypothèque valablement conservée avant l'ouverture de la succession et qu'elles ne sauraient s'appliquer dans l'hypothèse inverse, lorsque l'inscription ne peut plus être utilement requise à l'encontre de tous les héritiers. Le défunt n'a plus qu'un représentant partiel ; sa personnalité n'est continuée que pour partie ; l'hypothèque ne grèvera qu'une fraction de son patrimoine ; elle ne produira d'effet que pour une fraction de la dette.

La question ne se présentera que bien rarement dans la pratique. Pour éviter ces difficultés, les héritiers procèderont à la vente de l'immeuble hypothéqué et même à la liquidation complète de la succession avant tout partage. Mais si les par-

[1] *Supra*, II, 1438 et 1439.
[2] Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-IV et V.

ties avaient agi différemment, il nous semblerait bien difficile d'admettre dans ce cas une exception au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Si l'immeuble tombe au lot de l'héritier bénéficiaire, le créancier hypothécaire du défunt ne peut pas demander à être colloqué par préférence en vertu de son hypothèque, l'art. 2146 s'y oppose. Si l'immeuble est mis au lot de l'héritier pur et simple, il en sera autrement.

1580. L'art. 2146 déroge au droit commun. Il faut donc lui appliquer le principe de l'interprétation restrictive. Nous en concluons que sa disposition ne doit pas être étendue au cas où l'héritier du défunt renonce à la succession.

Ce cas ne présente même pas d'analogie avec celui que prévoit notre texte. En effet l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, au moins quand elle n'est pas imposée par la loi, prouve toujours que l'héritier a certains doutes sur la solvabilité du défunt, tandis qu'il n'en est pas nécessairement ainsi de la renonciation : elle peut être faite pour avantager un cohéritier ou un héritier du degré subséquent, ou pour soustraire le renonçant à la nécessité d'un rapport. D'ailleurs l'art. 785 ne dit-il pas que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ? et l'art. 777, que l'héritier qui accepte est censé avoir toujours été héritier ? Ne résulte-t-il pas de là que, finalement, il faut s'en tenir, au point de vue du sort des inscriptions prises après le décès du débiteur, à la décision de l'héritier qui accepte après la renonciation des autres ? Ce qui conduit à valider les inscriptions, s'il accepte purement et simplement.

On peut ajouter que le défunt a alors un continuateur de sa personne dans l'héritier du degré subséquent qui accepte purement et simplement. En présence d'un débiteur personnel des dettes du défunt, il n'y a plus lieu à la liquidation pure et simple d'un patrimoine ; l'art. 2146 se trouve par cela même écarté [1].

1581. La répudiation des héritiers successivement appelés

[1] Aubry et Rau, § 272, texte et note 40, III, 5e éd. p. 554; Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-II; Huc, XIII, 314; Planiol, II, 3032. — *Contra* Beudant, II, 534.

à recueillir la succession peut conduire à la vacance de cette succession. Les inscriptions requises dans ce cas depuis le décès conserveront-elles leur efficacité? L'analogie entre cette hypothèse et celle que prévoit la loi n'est pas contestable. Mais un argument d'analogie, et même un argument *a fortiori* suffit-il pour autoriser l'extension d'une disposition qui déroge au droit commun et a un caractère aussi exceptionnel que l'art. 2146? Cependant la plupart des auteurs se prononcent en faveur de l'application de l'art. 2146 et décident que les inscriptions prises après le décès du débiteur ne produisent aucun effet, aussi bien lorsque la succession est vacante que lorsqu'elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Cette solution peut faire doute pour ceux qui expliquent l'art. 2146 par une présomption d'insolvabilité. Mais si, comme nous l'avons proposé, on en cherche le motif dans l'absence de tout continuateur de la personne du défunt, dans la disparition de tout débiteur personnel, dans la nécessité de liquider le patrimoine de la personne qui s'est éteinte, dans la volonté du législateur de procéder à cette liquidation suivant l'état des biens au moment de son ouverture, il n'est pas contestable que la succession vacante ne soit régie par les mêmes règles que la succession bénéficiaire [1].

Si la vacance venait à cesser et si l'héritier acceptait la succession purement et simplement, l'inscription recouvrerait toute son efficacité.

1582. La disposition de l'art. 2146 ne vise que le cas où le défunt n'a pas laissé de continuateur de sa personne; par conséquent, elle ne saurait s'appliquer lorsque la succession a

[1] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 4, n. 5; Merlin, *Quest.*, v° *Succ. vac.*, § 1er; Persil, II, sur l'art. 2146, XIV; Grenier, I, 120; Favard, v° *Inscr. hyp.*, sect. 2, § 2; Battur, III, 413; Troplong, III, 659 *ter;* Duranton, XX, 83; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 197, § 808; Pont, II, 916; Flandin, II, 1183; Rolland de Villargues, v° *Inscr. hyp.*, 107 s.; Aubry et Rau, § 272, texte et note 39, III, 4e éd. p. 335, 5e éd. p. 553-554; Thézard, 154; Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-II; Garraud, *De la déconfiture*, p. 164; Guillouard, III, 1150; Huc, XIII, 314; Planiol, II, 3031. — Cpr. Beudant, II, p. 37, note 2. — Paris, 24 juin 1863, D., 63. 2. 1, S., 63. 2. 37. — Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113. — *Contra* Mourlon, *Transc.*, II, 660; Guyard, *Rev. crit.*, 1870, XXXVI, p. 396 s. — Grenoble, 28 janv. 1818, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1445, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V. 2. 347.

été acceptée purement et simplement. Le décès du constituant ne modifie en aucune façon la situation du créancier hypothécaire. L'hypothèque est née valablement ; elle produit ses effets à l'encontre de l'héritier ; l'inscription peut en être requise. C'est une mesure simplement conservatoire ; elle n'a pour but que de rendre l'hypothèque opposable aux tiers ; elle la conservera telle qu'elle existait contre le défunt.

Il ne faudrait pas se laisser arrêter par l'ancienne maxime que *la mort fixe l'état des biens et des dettes d'un homme*. Cette maxime signifiait seulement, dans notre ancienne jurisprudence, comme le dit Lebrun [1], que « ceux qui sont simples créanciers chirographaires, lors de la mort de leur » débiteur, ne peuvent jamais devenir créanciers hypothé- » caires de sa succession, mais seulement de son héritier ». Ce serait exagérer la portée de cette maxime que d'en déduire l'inefficacité des inscriptions requises après la mort. Elle ne s'appliquait, dans notre ancien droit, qu'à la naissance du droit ; dans cette mesure, elle est encore exacte sous l'empire de notre code ; mais il n'y a pas de motif pour l'étendre aux inscriptions que notre ancien droit ignorait, qui sont établies dans un but de publicité, qui sont sans influence sur l'existence de l'hypothèque, qui sont exclusivement prescrites pour la vivifier et la rendre opposable aux tiers. L'art. 2149 consacre du reste formellement cette solution en autorisant le créancier à prendre inscription sur une personne décédée [2].

1583. Cette solution est unanimement admise lorsque le défunt n'a laissé qu'un seul héritier et même lorsqu'il a laissé plusieurs héritiers, si l'inscription est requise pendant l'indivision [3]. Elle sera valablement faite ; elle frappera d'une manière indivisible l'immeuble grevé ; elle l'atteindra dans sa totalité et dans chacune de ses parties ; elle garantira toute la dette et chacune de ses fractions. On pourrait cependant être tenté de penser qu'elle ne frappe la part indivise de chacun des héritiers que pour la fraction dont chacun d'eux est

(1) *Tr. des succ.*, liv. IV, ch. II, sect. 1, n. 12 *in fine*.

(2) Grenier, I, 128 ; Troplong, III, 660 ; Pont, II, 912 ; Aubry et Rau, § 272, texte et note 33, III, 4e éd. p. 334, 5e éd. p. 551 ; Thézard, 254 ; Guillouard, III, 1145.

(3) Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-VII.

tenu dans l'obligation. On ferait remarquer que la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque suppose que cette garantie a saisi l'immeuble du vivant du constituant et qu'il ne peut plus en être ainsi lorsque, au moment de l'inscription, la dette est déjà divisée. Nous ne croyons pas que cette argumentation soit fondée. Elle donne trop d'importance à l'inscription ; elle n'en attribue pas assez au fait générateur de l'hypothèque, à l'acte constitutif. L'inscription n'est qu'une mesure conservatoire ; elle ne modifie pas le droit ; elle le rend opposable aux tiers, tel qu'il était né. Or au moment où le défunt a constitué l'hypothèque, la dette était une ; elle a été garantie dans son unité ; l'hypothèque est née dans son unité et dans son indivisibilité ; l'inscription requise après le décès, alors que le défunt est représenté intégralement par des héritiers qui ont tous accepté sa succession purement et simplement, doit produire les mêmes effets que si elle avait été requise du vivant du constituant ; le droit est conservé tel qu'il existait et l'hypothèque garantira la totalité de la dette sur la part indivise de chacun des héritiers.

1584. Colmet de Santerre estime cependant qu'il en est autrement lorsque l'inscription n'est requise qu'après partage. Sans doute l'inscription est valable ; mais cet auteur pense qu'elle ne peut conserver l'hypothèque sur le bien échu à l'un des héritiers que pour la part de cet héritier, non pour la créance tout entière. Voici en quels termes il développe cette proposition [1] : « Cet héritier est censé avoir succédé » seul et immédiatement au défunt quant à cet immeuble ; » néanmoins, il ne représente le défunt que pour une part ; » lors donc qu'une inscription est prise sur l'immeuble qui » lui appartient exclusivement, elle ne peut être prise du » chef de ses cohéritiers ; c'est donc comme une inscription » qui, du vivant du défunt, aurait été prise seulement pour » une fraction de la créance ; elle ne garantirait que cette » fraction ; l'hypothèque ne frappait pas l'immeuble d'une » façon effective quand il est entré, au décès, dans le patri- » moine de l'héritier ; quand l'inscription est prise, elle ne

[1] Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-VIII.

» frappe plus un immeuble héréditaire, mais un immeuble » appartenant à Pierre, l'héritier pour un quart. Son immeuble » ne peut pas être atteint par une hypothèque pour un chiffre » supérieur à celui de sa dette ».

Cette solution est peut-être une conséquence de la théorie qui voit dans l'inscription une sorte de confirmation de l'hypothèque. Mais nous avons déjà répudié cette doctrine et nous ne saurions en accepter cette conséquence. Si on la juge par ses résultats, elle blesse l'équité et compromettrait des droits respectables. Qu'arriverait-il si, l'hypothèque ne frappant qu'un seul immeuble, cet immeuble avait été mis tout entier dans le lot d'un seul des héritiers? Est-ce que, dans ce cas, le créancier ne pourrait prendre inscription que pour la part de la dette dont cet héritier serait personnellement tenu?

Mais alors la créance cesserait en partie d'être une créance hypothécaire. Le partage aurait pour résultat d'éteindre en partie l'hypothèque. Cette solution serait ainsi en opposition avec la volonté des parties et porterait atteinte à des droits valablement acquis. Elle n'est consacrée par aucun texte. Tout au contraire l'art. 2149, en permettant de requérir inscription contre le défunt, admet implicitement que le décès du débiteur ne modifie aucunement la condition du créancier.

Les principes de la loi, soit en matière hypothécaire, soit en matière de succession, confirment notre manière de voir. Si l'acceptation pure et simple d'une succession opérait novation, on pourrait dire que l'inscription est prise du chef des cohéritiers pour la garantie de la dette de ceux-ci et prétendre que l'hypothèque ne peut pas, sans le consentement du propriétaire, grever un de ses immeubles pour sûreté de la dette d'autrui. Mais tels ne sont pas les principes de la loi. L'héritier pur et simple est le continuateur de la personne du défunt; les dettes héréditaires qu'il doit acquitter pour sa part et portion n'ont pas pris naissance en sa personne; elles lui ont été transmises. S'il en est tenu personnellement, elles n'en sont pas moins des dettes du défunt; aussi peut-il invoquer toutes les exceptions de nullité que le défunt pouvait opposer. Par conséquent, ce n'est pas du chef des cohéritiers, mais du chef du défunt que l'inscription est

requise. Le partage ne peut porter aucune atteinte aux droits du créancier; ils restent ce qu'ils étaient du vivant du constituant et après son décès pendant l'indivision. S'il en était autrement, le créancier devrait avoir la faculté d'exiger que l'immeuble hypothéqué fût partagé en nature entre les héritiers proportionnellement au droit de chacun. On sent combien une pareille manière de procéder serait contraire aux intérêts des héritiers et en opposition avec la volonté du législateur. Elle nous paraît aussi condamnée par les principes de la loi en matière hypothécaire. L'inscription n'est qu'une mesure de publicité; elle est exigée pour assurer l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers, à l'égard des tiers seulement. Or, les héritiers purs et simples du débiteur ne sont pas des tiers; donc l'hypothèque doit produire ses effets contre eux indépendamment de toute inscription. La théorie que nous combattons, répèterons-nous encore, attache trop d'importance à l'inscription; le droit réel est né par le consentement des parties, il est né avec tous ses attributs; spécialement il est indivisible; entre les parties, à l'égard de leurs héritiers, il produit tous ses effets. L'immeuble ou la fraction de l'immeuble mise au lot d'un héritier entre dans son patrimoine avec l'affectation que lui avait donnée le constituant; il est donc entre ses mains la garantie de toute la dette; l'inscription conserve ce droit non pas à l'encontre de l'héritier, mais à l'encontre des tiers auxquels elle le rend opposable.

1585. Il importerait peu que les créanciers du défunt eussent demandé la séparation des patrimoines ou eussent pris l'inscription prescrite par l'art. 2111. Même en admettant que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire entraîne séparation des patrimoines [1], il faut se garder d'en conclure réciproquement que la séparation des patrimoines produise les mêmes effets que le bénéfice d'inventaire et donne lieu notamment à l'application de l'art. 2146, al. 2. En effet la séparation des patrimoines régit les rapports des créanciers héréditaires avec les créanciers de l'héritier, elle est une cause de

[1] V. *supra*, I, 862.

préférence établie en faveur des premiers à l'encontre des seconds ; mais elle n'apporte aucune modification aux relations des créanciers héréditaires les uns avec les autres. Ils conservent donc l'intégralité de leurs droits et peuvent prendre toutes les mesures nécessaires pour les sauvegarder. Si l'inscription était requise du chef de l'héritier, il en serait autrement ; mais nous avons démontré qu'elle était faite du chef du défunt et que l'héritier n'y intervenait à aucun titre. D'ailleurs, comme nous espérons l'avoir prouvé, l'art. 2146 al. 2 s'explique par l'absence de tout débiteur personnel ; or dans le cas de séparation des patrimoines, la succession a été acceptée purement et simplement. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer une règle édictée par la loi en vue d'une hypothèse toute différente (1).

Cette solution présente d'assez graves difficultés pour les auteurs qui assimilent l'effet de l'inscription à l'effet d'une confirmation de l'hypothèque. Ils la justifient en disant (2) : « L'héritier ayant accepté purement pourrait confirmer l'hy- » pothèque, il n'en serait empêché que par la séparation des » patrimoines ; mais cette séparation ayant en quelque sorte » pour objet de régler la situation comme si le débiteur n'était » pas mort, l'inscription pourrait certainement être prise » comme du vivant de ce débiteur ».

Cette justification ne paraît guère satisfaisante, et nous trouvons ici un nouveau motif pour repousser la théorie qui assimile l'effet de l'inscription à l'effet d'une confirmation de l'hypothèque. Il nous est impossible de concevoir que l'inscription prise après la mort du constituant produise l'effet d'une confirmation ; celui qui n'existe plus ne saurait participer à un acte juridique. La fiction que l'on prétend, inexactement selon nous (3), donner pour base à la séparation des patrimoines, ne saurait être étendue au delà de ses limites. Introduite en faveur d'une classe de créanciers, les créanciers héréditaires, contre une autre classe de créanciers, les créanciers de l'héritier,

(1) Aubry et Rau, § 272, texte et note 34, III, 4e éd. p. 334, 5e éd. p. 551-552 ; Thézard, 154 ; Guillouard, III, 1145.

(2) Colmet de Santerre, IX, 119 *bis*-IX.

(3) V de Loynes, *Note* dans Dalloz, 1894. 1. 5.

elle ne saurait produire d'effet dans les rapports des créanciers du défunt entre eux. Par conséquent ce serait en réalité de l'héritier qu'émanerait l'acte appelé à produire les effets d'une confirmation. Sans doute l'héritier ayant accepté purement et simplement pourrait confirmer. Mais nous ne concevons pas comment une confirmation serait efficace à l'encontre des créanciers héréditaires, alors qu'une constitution d'hypothèque serait destituée de toute efficacité à l'encontre des mêmes personnes. La vérité, c'est que l'inscription ne saurait être assimilée à une confirmation de l'hypothèque et que l'art. 2146, al. 2 s'explique par d'autres considérations que nous avons exposées et sur lesquelles nous n'avons pas à revenir.

1585 I. Comme la faillite, l'acceptation bénéficiaire est sans influence sur les inscriptions qui peuvent être requises soit du chef des précédents propriétaires sur les immeubles acquis par le *de cujus* et compris dans sa succession, soit du chef du *de cujus* sur des immeubles qu'il avait aliénés avant son décès (1).

1586. Ce que le législateur a voulu en frappant d'inefficacité les inscriptions requises après l'un des événements indiqués dans les art. 2146 C. civ. et 448 C. co., c'est ne pas laisser aux créanciers le moyen de s'assurer une cause de préférence dans une liquidation qui doit s'opérer dans les conditions de la plus stricte égalité. Il défend en conséquence de rendre efficace, à l'encontre des tiers, spécialement des autres créanciers du même débiteur, un droit qui ne leur était pas opposable. Mais si ce droit a déjà acquis toute sa valeur, s'il s'agit pour le créancier de conserver un rang qui lui appartenait déjà, les dispositions de nos articles ne recevront plus leur application : *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*. Ces hypothèses sont plutôt en dehors de la règle (2).

Ainsi en est-il des inscriptions prises en renouvellement. On sait que l'effet des inscriptions est limité par la loi à dix

(1) *Supra*, II, 1564 et 1565. — Pont, II, 928 ; Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 335, 5e éd. p. 553 ; Guillouard, III, 1149.

(2) Huc, XIII, 312.

années à partir du jour de leur date et qu'il cesse si elles n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai (art. 2154). La faillite du débiteur, le décès de celui-ci suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession ne dispensent pas les créanciers de renouveler leurs inscriptions [1], mais ces événements ne leur enlèveraient pas la faculté de le faire. Il ne s'agit pas pour eux d'acquérir à l'encontre des tiers une cause de préférence qu'ils n'avaient pas encore ; ils veulent seulement conserver le bénéfice d'une situation qui leur appartenait déjà [2]. Mais si le délai de dix ans était expiré sans que l'inscription eût été renouvelée, il en serait autrement. Sans doute, l'hypothèque n'est pas éteinte, mais elle se trouve destituée de toute valeur à l'égard des tiers ; elle a perdu l'efficacité que lui avait conférée l'inscription, aujourd'hui périmée. Le créancier se trouve dans la même situation que si son privilège ou son hypothèque n'avait jamais été inscrit ; il veut acquérir un droit de préférence qu'il a eu autrefois, mais qu'il n'a plus aujourd'hui. La faillite du débiteur, son décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession s'y opposent ; l'inscription qu'il pourrait prendre serait donc privée d'efficacité [3].

Cependant, s'il s'agissait d'une hypothèque générale et si la faillite du débiteur s'était terminée par un concordat, le créancier hypothécaire qui aurait conservé son hypothèque en ne votant pas au concordat, aurait le droit de requérir une

[1] *Infra*, III, 1781-1782.

[2] Mourlon, *Transcr.*, II, 638 ; Demangeat sur Bravard, V, p. 293, note ; Lyon-Caen et Renault, VII, 288 ; Aubry et Rau, § 280, III, 4e éd. p. 382, 5e éd. p. 622 ; Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-V ; Thézard, 154 ; Valabrègue, n. 350, p. 458 ; Guillouard, III, 1368, 1396 ; Thaller, 1813 ; Huc, XIII, 312 ; Beudant, II, 805 ; Planiol, II, 3034 ; Surville, II, 667. — Civ. rej., 2 déc. 1863, D., 64. 1. 105, S., 64. 1. 57. — Civ. rej., 24 mars 1891, D., 91. 1. 145, S., 91. 1. 209. — V. aussi Paris, 6 déc. 1885, D., 87. 2. 55.

[3] Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-V ; Lyon-Caen et Renault, VII, 288 ; Thiry, IV, 538 ; Valabrègue, n. 350, p. 458 ; Guillouard, III, 1368 ; Thaller, 1813 ; Beudant, II, 805 ; Planiol, II, 3034, 3051. — V. aussi les arrêts cités à la note précédente et pour le cas de succession bénéficiaire Civ. rej., 17 juin 1817, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1671-1°, S., 17. 1. 287. — Lyon, 6 fév. 1890, D., 91. 2. 377.

nouvelle inscription sur les immeubles acquis par le failli depuis cette époque [1].

1587. La faillite du débiteur, son décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession empêcheront-ils les inscriptions particulières, requises pour assurer le paiement des intérêts non conservés par l'inscription prise pour sûreté de la créance principale (art. **2151**), de produire leur effet? La difficulté est très sérieuse : car le créancier ne conserve pas, par ce moyen, un rang qui lui appartenait déjà; il ne sera colloqué de ce chef qu'à la date de sa nouvelle inscription; il acquiert donc pour la garantie de cette fraction de sa créance une sûreté nouvelle. Ne doit-on pas dès lors appliquer les art. **2146** C. civ. et **448** C. co., sauf le droit pour le créancier de se prévaloir de l'art. **1188**, d'invoquer la déchéance du bénéfice du terme et de poursuivre le remboursement immédiat de sa créance [2]?

Cette opinion nous paraît trop rigoureuse et nous serions portés à admettre la validité de l'inscription prise pour la garantie des intérêts même après l'un des événements prévus par les art. **2146** C. civ. et **448** C. co., pourvu qu'une inscription eût été valablement requise pour sûreté de la créance principale. L'art. **2151** est en effet une dérogation aux principes généraux. D'après ces principes, l'accessoire devrait suivre le sort du principal, *accessorium sequitur principale*. Par conséquent, le créancier devrait être colloqué au même rang pour le principal et pour tous les accessoires de sa créance, spécialement pour les intérêts qu'elle a pu produire. La loi a apporté une exception à ce principe; mais elle a accompagné cette exception d'une réserve ; elle accorde au créancier le droit de prendre une inscription pour les intérêts que garantissait et que ne garantit plus l'inscription primitive. Il nous semble impossible de scinder ces deux dispositions de la loi,

(1) Dutruc, *Dict. du Content. comm.*, v° *Faillite*, 1310. — Paris, 6 janv. 1847 et sur pourvoi Req., 1er mars 1848, D., 48. 1. 124, S., 48. 1. 478. — Req., 18 fév. 1878, D., 78. 1. 291, S., 78. 1. 165. — Cpr. en ce sens pour le cas d'union, lorsque l'état d'union a cessé, Req., 2 août 1866, D., 67. 1. 37, S., 66. 1. 388.

(2) Demangeat sur Bravard, V, p. 292, *Note*; Weber, *Des intérêts des créances privil. et hypoth.*, *Rev. prat.*, 1879, XLVI, p. 338, n. 60, p. 346, n. 62; Boistel, 916; Ruben de Couder, v° *Faillite*, 452, 453; Thaller, 1816.

d'appliquer la règle sans tenir compte de la réserve qui en corrige la rigueur. C'est pourquoi nous pensons que ces inscriptions peuvent être utilement requises après les événements prévus par les art. 2146 C. civ. et 448 C. co. Nous ferons en outre remarquer que la publicité de l'hypothèque garantissant le principal protège les tiers contre tout danger d'erreur, et que cette nouvelle inscription ne produisant effet qu'à sa date, le créancier sera primé par la masse de la faillite, si les syndics ont requis inscription de l'hypothèque légale de l'art. 490 C. co. (1).

1588. Les dispositions des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. s'appliquent à tous les privilèges, à toutes les hypothèques, dont la conservation est subordonnée à la condition d'une inscription.

Elles s'appliquent donc, en principe, à toutes les hypothèques, parce qu'elles ne peuvent pas, en règle générale, être opposées aux tiers si elles n'ont pas été régulièrement inscrites. Elles s'appliquent notamment à l'inscription de l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement de condamnation rendu contre l'héritier bénéficiaire en cette qualité. Elles s'appliquent également à l'hypothèque maritime, pour laquelle le législateur n'a pas édicté de règle spéciale et qui reste en conséquence soumise aux principes du droit commun (2).

1589. Nous disons d'abord que la règle s'applique à toutes les hypothèques, par conséquent aux hypothèques légales aussi bien qu'aux hypothèques conventionnelles ou judiciaires. Ainsi l'hypothèque légale de l'Etat (3) (art. 2121 al. 3) ou celle du légataire (art. 1017) ne pourrait pas être inscrite

(1) Renouard, I, 399; Pont, II, 889, 925, 1024; Laurin, *Man. de dr. comm.*, 988; Aubry et Rau, § 272, III, 4e éd. p. 332, 335, 5e éd. p. 549, 553, § 285, texte et note 27, III, 4e éd. p. 425, 5e éd. p. 696-697; Colmet de Santerre, IX, 131 *bis*-X et XI; Lyon-Caen et Renault, VII, 292; Rousseau et Defert, *Code ann. des faillites*, sur l'art. 448, n. 22; Nicolas, *Effets de la faillite sur les priv. et hyp.*, p. 104; André, 907; Guillouard, III, 1577-1578; Huc, XIII, 312; Planiol, II, 3036; Surville, II, 666. — Paris, 15 nov. 1828, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1439, S., 29. 2. 14. — Civ. rej., 20 fév. 1850, D., 50. 1. 102, S., 50. 1. 185. — Rapp. Poitiers, 30 janv. 1878, D., 78. 2. 70, S., 78. 2. 176. — Poitiers, 7 déc. 1885, D., 87. 2. 60, S., 86. 2. 81. — Cpr. Valabrègue, n. 350, p. 458-459.

(2) Lyon-Caen et Renault, VI, 1641, VII, 285 *bis*.

(3) Pont, II, 894; Guillouard, III, 1133, 1578; Huc, XIII, 315.

utilement après la faillite du débiteur ou après sa mort suivie de l'acceptation bénéficiaire de sa succession. On n'a pas voulu qu'après l'arrivée de l'un des événements prévus par l'art. 2146, un créancier pût, au moyen d'une inscription, acquérir un rang qui ne lui appartenait pas avant l'inscription, et se créer ainsi une situation préférable à celle des autres créanciers.

Cette règle comporte exception pour l'hypothèque légale de la masse des créanciers de la faillite ou de la liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889, art. 5 al. 2). Cette inscription n'a pas pour but de conserver un droit de préférence opposable dans les rapports des créanciers entre eux. Il n'y avait pas dès lors de motif pour la soumettre aux mêmes prescriptions que les autres hypothèques.

1590. Mais cette règle est nécessairement étrangère aux hypothèques dont l'efficacité à l'égard des tiers est indépendante de toute publicité, c'est-à-dire aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits.

Cette dispense de publicité n'est toutefois que temporaire ; nous avons vu (1) que la déclaration de faillite de l'ex-tuteur ou du mari, leur décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de leur succession ne ferait pas obstacle à l'efficacité de l'inscription prise dans le délai d'un an à partir de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage.

Une fois ce délai d'un an expiré, l'hypothèque perd le bénéfice de la faveur dont la loi l'avait entourée jusque-là. Elle est placée sur la même ligne que les autres hypothèques. Elle doit être vivifiée par une inscription : elle ne prend rang qu'à la date de cette inscription. Le créancier acquiert ainsi un rang qui ne lui appartenait plus. Il rend opposable à la masse ou aux créanciers du défunt une cause de préférence qui ne pouvait pas leur être opposée. Par conséquent, l'art. 2146 et l'art, 448 C. co. al. 1 recevront leur application et l'inscription sera frappée d'inefficacité si elle est postérieure au jugement déclaratif (2).

(1) *Supra*, II, 1515.
(2) V. les autorités citées *supra*, II, 1517.

1591. Il peut arriver que l'inscription de ces hypothèques légales, quoiqu'antérieure au jugement déclaratif, soit postérieure à la cessation des paiements ou ait été prise dans les dix jours précédents. Faut-il alors appliquer le deuxième al. de l'art. 448? Le tribunal peut-il prononcer la nullité de l'inscription? C'est une question que nous avons déjà posée (1) et qu'il faut maintenant résoudre.

En faveur de l'affirmative, on peut faire remarquer que l'expiration du délai d'un an a pour conséquence de mettre ces hypothèques sur la même ligne que toutes les hypothèques et de les soumettre par suite à l'application des règles du droit commun; or parmi ces règles figure la disposition de l'art. 448 C. co. qui, dans sa généralité, comprend toutes les hypothèques assujetties à la formalité de l'inscription. Telle est bien la situation du créancier à hypothèque légale après l'expiration du délai d'un an fixé par l'art. 8 de la loi de 1855. On peut ajouter qu'il y a même motif de décider. Le retard apporté à l'inscription de ces hypothèques légales peut induire les tiers en erreur sur la solvabilité du débiteur; il peut être le résultat d'un concert frauduleux. Il est donc nécessaire d'appliquer l'art. 448 C. co. pour prévenir les dangers redoutés par le législateur (2).

Cette solution cependant nous laisse des doutes; nous serions même portés à préférer l'opinion contraire. En effet, il est certain qu'à l'époque où il fut rédigé, l'art. 448 C. co. ne s'appliquait pas aux hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée. Il n'est pas douteux non plus que les auteurs de la loi de 1855 n'ont pas prévu le cas où le mari ou le tuteur serait déclaré en état de faillite. Par con-

(1) *Supra*, II, 1517.

(2) Aubry et Rau, § 268, note 21, III, 4e éd. p. 307, 5e éd. p. 516-517; Audier, *Effets de la loi de 1855 sur les hyp. lég.*, 70 s.; Guillouard, III, 1237-1238. — Bordeaux, 4 avril 1876, D., 79. 2. 267. — Alger, 23 juin 1879, D., 80. 2. 33, S., 79. 2. 201. — Cpr. Pont, II, 895. — Aubry et Rau citent encore un arrêt de la chambre des requêtes du 2 mars 1863, D., 64. 1. 25, S., 63. 1. 425. Mais il faut remarquer que, dans l'espèce, les juges du fait avaient validé l'hypothèque par appréciation des circonstances. La cour de cassation a rejeté le pourvoi parce que les juges n'avaient pas excédé leurs pouvoirs, qu'ils avaient spécialement usé de la faculté à eux accordée par l'art. 448 C. co.; la cour de cassation n'était pas saisie de la question de savoir si l'art. 448 C. co. s'appliquait à l'espèce.

séquent, pour que l'art. 448 reçoive alors son application, il faut non seulement qu'il y ait même motif de décider, mais en outre que l'hypothèse née de l'art. 8 de la loi de 1855 rentre dans les prévisions de cet art. 448 C. co.

La loi en subordonne l'application à plusieurs conditions. Elle exige notamment qu'il se soit écoulé un délai de quinzaine entre la date de l'inscription et la date du titre constitutif. Or, on peut dire que, s'il existe un fait générateur de l'hypothèque légale, il n'y a pas en réalité de titre constitutif; dès lors, l'art. 448 C. co. se trouve écarté.

Cette argumentation est loin d'être déterminante ; car il est universellement admis que l'art. 448 C. co. s'applique aux privilèges et aux hypothèques légales autres que celles des incapables et cependant dans ces cas aussi il n'y a pas à proprement parler de titre constitutif.

Si nous poussons plus loin l'analyse, nous constatons que l'hypothèque légale des incapables a été assortie, au moment de sa naissance, d'une dispense d'inscription et que certains événements mettent un terme à cette faveur. Or, il est impossible d'assimiler ces événements à un titre constitutif; l'hypothèque est déjà née ; elle résulte du mariage ou de la tutelle. Donc nous ne nous trouvons pas dans les conditions requises par l'art. 448 C. co. Aussi l'opinion contraire se heurte-t-elle, dans la pratique, aux plus graves difficultés, quand elle veut déterminer le point de départ du délai de quinzaine. Les uns décident qu'il devrait rationnellement courir du jour de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, mais que la loi ayant accordé alors une année pour l'inscription de l'hypothèque il n'y a pas lieu au délai supplémentaire de quinzaine (1). Les autres au contraire, voulant appliquer à la lettre l'art. 448 C. co., font courir le délai de quinzaine de l'expiration de l'année (2). Ces divergences ne démontrent-elles pas que nous sommes en dehors des prévisions de la loi? Il s'agit de déchéance ; ne faut-il pas en conclure que, dans une matière où l'interprétation rigoureuse s'impose,

(1) Alger, 23 juin 1879, cité à la note précédente.
(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*

les magistrats n'ont pas le droit d'annuler l'inscription [1] ?

Il est regrettable que les auteurs de la loi de 1855 n'aient pas réglementé cette situation. Rationnellement, on aurait dû soumettre les hypothèques légales qu'on assujettissait à la nécessité d'une inscription à la même règle que toutes les autres hypothèques ; il fallait alors fixer le point départ du délai de quinzaine ; dans le silence de la loi, l'interprète n'a pas le droit de le déterminer. Fondée sur la loi, cette solution ne satisfait pas notre raison.

1592. La règle des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. n'est pas spéciale aux hypothèques ; elle s'étend également aux privilèges dont l'efficacité est subordonnée, à l'égard des tiers, à la condition d'une inscription. Malgré sa généralité, le texte ne doit pas cependant être appliqué sans distinctions.

En effet, il est certainement étranger aux privilèges que l'art. 2107 dispense d'inscription pour l'exercice du droit de préférence. Ce sont, on le sait, les privilèges généraux de l'art. 2101.

1593. Il existe des privilèges immobiliers pour l'inscription desquels la loi accorde certains délais au créancier. Tel est le privilège du copartageant qui doit être inscrit dans les soixante jours de l'acte de partage ou de l'adjudication sur licitation. Tels sont les privilèges du Trésor.

Prenons pour exemple le privilège du copartageant. Si l'inscription du privilège n'a pas été faite dans le délai de la loi, il dégénère en hypothèque et est soumis aux mêmes règles que les hypothèques légales. Par conséquent, si le débiteur est déclaré en état de faillite, s'il décède et si sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire ou vacante, l'inscription ne pourra plus être prise à partir du jour du jugement déclaratif ou du décès, et si elle a été faite depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans

[1] Troplong, *Transcr.*, 317 ; Carette, *Note* dans S., 63. 1. 427 ; Laroque-Sayssinel et Dutruc, *Formul. gén. des faillites*, 398 ; Ruben de Couder, v° *Faillite*, 487 ; Rousseau et Defert, *Code annoté des faillites*, p. 138, n. 18 ; Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1884, *Nouvelle série*, X, p. 282 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 415 ; Valabrègue, n. 356, p. 481. — Colmar, 15 janv. 1862, D., 62. 2. 101, S., 62. 2. 122. — Caen, 18 juin 1879, S., 80. 2. 201. — Cpr. Pont, II, 895.

les dix jours qui ont précédé, elle pourra être frappée d'inefficacité en vertu de l'art. 448, al. 2 C. co. Car il se sera écoulé plus de quinze jours entre l'acte ou le fait générateur du privilège et l'inscription. Les tribunaux exerceront alors leur pouvoir d'appréciation [1].

1594. Que décider si le délai de soixante jours accordé par l'art. 2109 n'est pas encore expiré au moment où l'inscription est requise?

Une première opinion se prononce en faveur de l'application des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. L'inscription sera fatalement frappée d'inefficacité si elle n'a pas été prise avant le jour du jugement déclaratif de faillite ou le décès; elle pourra être annulée si elle a été faite depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents et s'il s'est écoulé plus de quinze jours (sauf augmentation à raison des distances) entre la date de l'acte constitutif ou plutôt du fait générateur du privilège (le privilège étant constitué par la loi) et la date de l'inscription. C'est évidemment en vue de cette dernière hypothèse que Colmet de Santerre, qui paraît professer cette opinion, a écrit : « Cette » solution n'est pas aussi rigoureuse que celle qui résultait » du code de 1807; car, d'après l'art. 448, les inscriptions ne » sont qu'annulables et les tribunaux auront à tenir compte » de la bonne foi des créanciers ». Ce pouvoir d'appréciation n'existe pas, nous en avons déjà fait la remarque, lorsque l'inscription est postérieure au jugement déclaratif; alors l'inscription est nécessairement inefficace. Cette opinion se fonde sur les termes de la loi; les art. 2146 et 448 mettent sur la même ligne les privilèges et les hypothèques. Le législateur ne pouvait pas ignorer que certains créanciers privilégiés jouissaient d'un délai pour prendre inscription. Il n'en a pas tenu compte dans la rédaction des art. 2146 et 448. Il a posé une règle absolue. Il n'y a apporté aucune exception. L'interprète n'a pas le droit d'en créer. Cette interprétation rigoureuse s'impose avec d'autant plus de puissance que l'art. 2146 était rédigé dans le même esprit et qu'il est inadmissi-

[1] Aubry et Rau, § 278, note 30 *bis*, III, 5e éd. p. 599.

ble que les rédacteurs du code aient oublié en l'écrivant la disposition de l'art. 2109 (1).

1595. Nous croyons cependant, malgré la force de cette argumentation, devoir préférer l'opinion contraire. Remarquons tout d'abord que la situation du copartageant est analogue à celle de la femme veuve ou du mineur devenu majeur, depuis la loi de 1855. L'un et l'autre sont obligés de prendre inscription dans un certain délai. Or, on est d'accord que la déclaration de faillite du mari décédé ou de l'ancien tuteur, leur décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de leur succession ne font pas obstacle à l'efficacité de l'inscription, pourvu qu'elle ait été requise dans le délai d'un an de l'art. 8 L. de 1855 (2). Pourquoi en serait-il autrement pour le privilège du copartageant, s'il est inscrit dans le délai légal de 60 jours? Dirait-on, pour expliquer cette différence, que l'hypothèque légale des incapables était, au moment de sa naissance, dispensée de publicité et que, pour ce motif, les art. 2146 et 448 lui sont étrangers? Cette justification ne serait pas satisfaisante; car si le privilège du copartageant doit être inscrit, la loi accorde un délai à l'intéressé; pendant ce laps de temps on peut dire qu'il jouit conditionnellement du bénéfice d'une dispense d'inscription; son efficacité subsiste, pourvu qu'il soit inscrit dans les 60 jours. Or, les art. 2146 et 448 atteignent précisément l'inscription qui a pour but de donner à une cause de préférence une efficacité et un rang qu'elle n'avait pas encore. Telle n'est pas notre hypothèse.

La solution contraire conduirait du reste à des conséquences étranges; si l'immeuble avait été aliéné et si l'aliénation avait été transcrite, le copartageant pourrait prendre une inscription utile et conserver à la fois son droit de préférence et son droit de suite en requérant inscription dans les 45 jours de l'acte de partage (art. 6, L. 23 mars 1855) et il lui serait inter-

(1) Boistel, 918; Demangeat sur Bravard, V, p. 295, note; Lyon-Caen et Renault, VII, 296; Valabrègue, n. 350, p. 459-460; Thaller, 1819, 1821; Guillouard, III, 1304-1305; Planiol, II, 3040-3041; Surville, II, 685. — Cpr. Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-VIII; Huc, XIII, 158, 316.

(2) *Sup. a*, II, 1515.

dit de conserver son droit de préférence à l'encontre de la masse de la faillite ou des autres créanciers héréditaires ! La masse composée des créanciers chirographaires, les créanciers chirographaires du défunt jouiraient d'une situation meilleure que celle d'un tiers acquéreur ! Pour admettre une pareille solution, il faudrait que les textes fussent formels ; or, nous avons vu qu'ils ne le sont pas, puisqu'on ne les applique pas aux hypothèques légales des incapables. Il faudrait au moins qu'il y eût même raison de décider. Or, les dangers que les art. 2146 et 448 ont pour but de prévenir n'existent pas dans l'espèce. La loi redoute la fraude ; elle craint que le retard apporté par le créancier à la conservation de ses droits n'ait eu pour résultat d'induire les tiers en erreur sur la solvabilité du débiteur. Il faut donc que ce retard implique une véritable négligence. Or, le copartageant n'a pas été négligent, puisqu'il s'est conformé à la loi et s'est contenté d'user du bénéfice qu'elle lui accordait ; ce retard n'a pas pu tromper les tiers ; il leur suffisait de savoir que les immeubles étaient des immeubles héréditaires pour être avertis de l'existence, au moins possible, du privilège. Ces considérations nous conduisent à proclamer la validité de l'inscription [1].

Terminons par une dernière observation : si le partage était postérieur à la faillite, il n'est pas douteux que l'inscription pourrait être utilement prise sur les immeubles héréditaires [2]. C'est une considération qui nous confirme encore dans notre opinion.

1596. La même question s'agite pour la séparation des patrimoines. Ce privilège doit être rendu public par une inscription prise dans les six mois de l'ouverture de la succession. Si la succession échue au failli ne s'est ouverte que depuis le jugement déclaratif de la faillite, on décide, sans grande difficulté il nous semble, que l'inscription peut être valablement requise dans les six mois qui suivent l'ouverture de la succession ou même après l'expiration de ce dé-

(1) Pont, II, 899, 927 ; Aubry et Rau, § 278, texte et note 27, III, 4e éd. p. 364, 5e éd. p. 596 ; Thézard, 314 ; Ruben de Couder, vo *Faillite,* 457 ; Laurin, *Man. de dr. comm.,* 989. — V. *supra,* I, 836.

(2) *Supra,* II, 1566.

lai [1]. Que décider lorsque la succession était déjà ouverte au moment de la déclaration de faillite et que cet événement survient avant l'expiration du délai de six mois fixé par l'art. 2111? Pour ceux qui admettent avec la jurisprudence que c'est un véritable privilège, la condition des créanciers héréditaires présente la plus grande analogie avec celle du copartageant. Les mêmes considérations militent en faveur des uns et des autres; elles conduisent à des solutions identiques. Si au contraire on voit dans la séparation des patrimoines seulement une cause de préférence non un privilège véritable, on est d'autant plus porté à écarter l'application des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. qu'ils parlent taxativement de privilège [2].

Ajoutons que, dans le cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, l'inscription prise dans ce délai rétroagit au jour de l'ouverture de la succession, et se trouve être ainsi, en droit, sinon antérieure, tout au moins concomitante à l'événement qui arrête le cours des inscriptions; que l'art. 2146 ne déclare inefficaces les inscriptions prises après l'ouverture de la succession que dans les rapports des créanciers de la succession les uns avec les autres (argument des mots : *Il en est de même entre les créanciers d'une succession...*). Or le privilège de la séparation des patrimoines s'exerce, non pas entre créanciers d'une même succession, mais bien au profit des créanciers de la succession contre ceux de l'héritier; donc on est en dehors des termes de l'exception prévue par l'art. 2146; on rentre, par conséquent, dans la règle d'après laquelle l'inscription peut être prise à une époque quelconque, pourvu que le privilège ne soit pas éteint par les voies légales. D'ail-

(1) *Supra*, II, 1566.

(2) Troplong, III, 651; Bravard et Demangeat, V, p. 294; Demolombe, *Success.*, V, 198; Aubry et Rau, § 619, 4e éd. VI, p. 485-486; Pont, II, 900-901. — Paris, 22 mars 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII. 2. 330. — Req., 22 juin 1841, *J. G*, v° *Faillite*, 494, S., 41. 1. 723. — Paris, 30 nov. 1861, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 581. — Montpellier, 2 avril 1868, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 403, S., 68. 2. 283. — Bordeaux, 19 fév. 1895, D., 96. 2. 276, S., 96. 2. 27. — *Contra* Esnault, *Faill. et banquer.*, II, 351; Dollinger, *Sépar. des patrim.*, 125; Lyon-Caen et Renault, VII, 294; Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-VIII; Boistel, 918; Valabrègue, n. 350, p. 460; Thaller, 1819-1821; Planiol, II, 3037. — Cpr. Guillouard, III, 1135, 1334; Huc, XIII, 164. — *Supra*, I, 868.

leurs, l'art. 2146 paraît n'avoir été écrit qu'en vue des privilèges ou hypothèques déjà nés avant la faillite ou la mort du débiteur ; or le privilège de la séparation des patrimoines ne naît qu'au moment de la mort du débiteur ; et si l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession du débiteur en rendait l'inscription impossible, il se présenterait ceci de particulier, qu'il n'y aurait pas eu un seul instant pendant lequel le privilège aurait pu être efficacement inscrit ; car bien évidemment il ne peut pas l'être avant la mort du débiteur.

1597. Pour le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers, nous avons vu que le premier procès-verbal devait être inscrit avec le commencement des travaux, sous peine de dégénérer en hypothèque (1). Si donc l'inscription n'a été prise ni avant le commencement des travaux, ni avant le jour du décès du débiteur dont la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire ou est vacante, ou du jugement déclaratif de faillite, elle ne produira aucun effet (2). Est-il bien nécessaire de supposer le cas où elle aurait été prise avant le commencement des travaux, mais après le décès ou le jugement déclaratif ? L'hypothèse ne se réalisera guère dans la pratique, le constructeur sera peu disposé à commencer des travaux pour le compte d'un débiteur en faillite ou décédé, ou du moins il exigera des garanties. D'ailleurs l'inscription serait certainement efficace ; car le fait générateur du privilège se trouve non dans la rédaction du procès-verbal de constat des lieux, mais dans l'érection des constructions nouvelles ; ce fait est postérieur à la déclaration de faillite ou au décès ; l'inscription du privilège peut être valablement requise (3), pourvu que ce soit avant le commencement des travaux.

La question paraît donc n'offrir d'intérêt que dans le cas où l'inscription, prise avant le commencement des travaux et avant le jugement déclaratif, l'a été soit depuis l'époque de la cessation des paiements, soit dans les dix jours précédents. L'art. 448 ne recevra pas son application. En effet, il permet aux tribunaux d'annuler l'inscription, s'il s'est écoulé plus

(1) *Supra*, I, 843.
(2) *Supra*, I, 844.
(3) Cpr. *Supra*, II, 1566.

de quinze jours depuis la date de l'acte constitutif. Or l'inscription est antérieure au fait générateur du privilège. Par conséquent, les tribunaux n'ont pas le droit de l'annuler. Pour que l'art. 448 al. 2 puisse être invoqué, il faut donc supposer que l'inscription a été prise pendant la période suspecte et plus de quinze jours depuis le commencement des travaux. Alors le privilège est dégénéré en une hypothèque soumise à la règle de l'art. 448 al. 2.

En résumé, cette règle ne s'applique pas, malgré la généralité de ses termes, au privilège du constructeur (1), mais elle régit l'hypothèque légale qui le remplace, lorsque l'inscription a été tardivement prise (2).

Il est presque inutile de parler de l'inscription du second procès-verbal qui peut être faite à toute époque, même après les événements prévus par l'art. 2146 (3).

1598. Nous devons enfin nous expliquer sur le privilège du vendeur d'immeubles. Le failli a acheté un immeuble, mais il n'en a pas payé le prix au moment du jugement déclaratif de faillite. La vente n'a pas été transcrite ; le privilège n'a pas été inscrit. Le vendeur pourra-t-il encore le conserver soit par une transcription, soit par une inscription ? Si l'on admet que depuis la loi du 23 mars 1855 le vendeur reste propriétaire jusqu'à la transcription, il est certain que les art. 2146 et 448 sont par cela même écartés. La transcription ne peut être opérée qu'après le jugement déclaratif. A ce moment seulement, l'acheteur deviendra propriétaire; au même instant, le vendeur deviendra créancier. Le privilège ne prendra naissance qu'à une date postérieure à la faillite et en vertu des principes, il pourra être utilement conservé, puisque les art. 2146 et 448 n'ont en vue que les droits de préférence nés avant le jugement déclaratif (4).

(1) *Contra* Guillouard, III, 1134.

(2) Lepinois, IV, 1607 ; Planiol, II, 3039. — Limoges, 1er mars 1847, D., 47. 2. 147, S., 47. 2. 637.

(3) *Supra*, I, 847.

(4) Pont, II, 903 et *Rev. crit.*, 1860, XVI, p. 289; Ruben de Couder, v° *Faillite*, 458; Verdier, II, 536, 539; Lepinois, IV, 1603. — Cpr. Besançon, 14 déc. 1861, D., 62. 2. 104, S., 62. 2. 129. — Bordeaux, 15 fév. 1875, D., 77. 2. 191. — Toulouse, 8 mai 1888, D., 89. 2. 108. — V. Hureaux, *Rev. prat.*, 1874, XXXVII, p. 527 s. ; Verdier, II, 536.

Mais nous croyons que cette argumentation repose sur une erreur relative à la nature de la transcription. Cette formalité est exigée dans le but unique de rendre la vente opposable aux tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. Elle n'est donc requise qu'à l'égard des ayants cause à titre particulier; elle ne l'est pas à l'égard du vendeur et de ses ayants cause à titre universel. Dans les rapports de ces personnes avec l'acheteur, la vente continue d'être translative de propriété, comme sous l'empire du code, aux règles duquel la loi de 1855 n'a apporté à cet égard aucune dérogation. Le vendeur a donc immédiatement cessé d'être propriétaire; il est devenu créancier du prix; sa créance est garantie par un privilège; ce privilège doit être rendu public; il peut être soumis à l'art. 448 C. co. Faut-il appliquer cette disposition?

On a essayé de l'écarter en disant : l'art. 448 édicte une déchéance; il doit être interprété limitativement. Or il ne parle que d'inscription et le privilège du vendeur se conserve par la transcription (1).

Cette solution pourrait à la rigueur être exacte, si la transcription était le seul mode de conservation du privilège du vendeur; mais nous avons démontré (2) qu'on pouvait également avoir recours à une inscription. Or il semble impossible de ne pas appliquer dans ce dernier cas l'art. 448, et nous ne voyons pas de motifs pour distinguer suivant que la publicité est obtenue au moyen d'une inscription ou d'une transcription. D'ailleurs il importe de ne pas oublier qu'aux termes de l'art. 2108, la transcription vaut inscription; elle en produit les effets, elle ne saurait en produire de plus étendus. Il est naturel qu'elle en suive les règles et soit régie par les mêmes principes. Nous ne pouvons pas admettre, comme on l'a proposé (3), que les effets de la transcription varient suivant qu'elle est requise par le vendeur ou par l'acheteur; nous ne comprenons pas pourquoi elle serait efficace quand elle serait requise par l'acheteur et inefficace quand elle le

(1) Cpr. Pont, II, 903.
(2) *Supra*, I, 813.
(3) Laurin, *Man. de dr. comm.*, 990.

serait par le vendeur; c'est précisément de la première que parle l'art. 2108 pour dire que la transcription faite par l'acheteur *vaut inscription* pour le vendeur.

Nous pensons en conséquence, avec la grande majorité des auteurs (1) et la jurisprudence (2), que le privilège du vendeur ne peut être conservé ni par une inscription prise, ni par une transcription opérée à sa requête ou à la requête de l'acheteur depuis le jugement déclaratif de faillite ou depuis le décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de la succession. La disposition des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. est générale ; elle s'applique notamment à tous les privilèges dont l'efficacité à l'égard des tiers est subordonnée à une condition de publicité. Telle est bien la situation du vendeur d'immeubles. Il est donc soumis à la règle édictée par notre article.

1599. Il est cependant un cas bien exceptionnel, où le vendeur ne serait pas déchu de son droit. Il faut supposer pour cela que l'immeuble a été revendu par le failli, que le prix en a été payé de telle sorte que la masse ne peut pas critiquer ce paiement, que la transcription de cette revente a eu lieu avant l'inscription de l'hypothèque légale de la masse et que l'inscription du privilège du premier vendeur a été prise dans les quarante-cinq jours de la vente par lui consentie. Ces conditions se réaliseront bien rarement et l'hypothèse est en quelque sorte invraisemblable ; mais si par hasard il en était autrement, si ces conditions étaient réunies, nous croyons que l'inscription prise par le vendeur conserverait toute son

(1) Troplong, III, 650 et *Transcr.*, 282; Rivière, *Rev. crit.*, 1859, XV, p. 433; Mourlon, II, 379; Flandin, II, 1177 à 1180; Bravard et Demangeat, V, p. 289 à 291; Aubry et Rau, § 278, texte et note 8, III, 4e éd. p. 358, 5e éd. p. 588-589; Lyon-Caen et Renault, VII, 295; Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-IX, X et XI; Thézard, 307; André, 405; Guillouard, III, 1134; 1282 et *De la vente*, II, 596; Valabrègue, n. 350, p. 460-461; Thaller, 1819-1821; Huc, XIII, 152; Beudant, II, 541, 543; Planiol, II, 3038.

(2) Grenoble, 13 mars 1858, D., 58. 2. 176. — Nancy, 6 août 1859, S., 59. 2. 594. — Lyon, 23 fév. 1861 et sur pourvoi Civ. rej., 2 déc. 1863, D., 64. 1. 105, S., 64. 1. 57. — Alger, 19 mai 1865, S., 65. 2. 187. — Agen, 5 déc. 1888 et sur pourvoi Civ. rej., 24 mars 1891, D., 91. 1. 145, S., 91. 1. 209. — Trib. civ. Bourganeuf, 22 juin 1894, D., 95. 2. 190. — Orléans, 22 mai 1896, D., 96. 2. 352. — Trib. civ. Compiègne, 24 juin 1903, *Rec. Gaz. des trib.*, 03, 2e sem., 2. 250.

efficacité; elle serait prise sur un immeuble qui a cessé, même à l'égard de la masse, de faire partie de l'actif de la faillite et qui en conséquence n'est plus son gage.

1600. Tout en acceptant le principe même de la théorie que nous venons de développer, Aubry et Rau y apportent cependant un tempérament. Dans le cas où la faillite éclate immédiatement après la vente, ils accordent au vendeur un délai de quarante-cinq jours pour la conservation de son privilège, comme en cas de revente suivie de transcription [1].

Nous ne saurions accepter cette doctrine. La disposition du 2e al. de l'art. 6 de la loi de 1855 est une disposition exceptionnelle; elle déroge au principe écrit dans le 1er al. du même art., aux termes duquel nulle inscription de privilège ne peut être utilement prise à partir de la transcription de la vente. Elle doit être interprétée d'une manière limitative. Nulle considération d'équité n'est capable d'en justifier l'extension à une autre matière. Il nous est donc impossible d'appliquer cette disposition, lorsque l'inefficacité de l'inscription est le résultat non pas de la transcription d'une revente, mais de la faillite de l'acheteur ou de son admission au bénéfice de la liquidation judiciaire. La généralité de l'art. 448 C. co. et de l'art. 5 de la loi du 4 mars 1889 ne comportent aucune distinction [2].

1601. Le vendeur jouit d'une autre garantie, quelquefois plus avantageuse que le privilège ; c'est l'action résolutoire. Si l'acheteur ne paie pas son prix, le vendeur peut demander et faire prononcer la résolution de la vente (art. 1184 et 1654). Sous l'empire du code, cette action était indépendante du privilège; elle pouvait être exercée alors même que le privilège était perdu, ou à plus forte raison lorsqu'il ne pouvait pas être invoqué. La faillite de l'acheteur, son décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession enlevaient bien au vendeur le droit de faire inscrire son privilège. Mais ces événements étaient sans influence sur l'action résolutoire qui pouvait toujours être intentée.

[1] Aubry et Rau, § 278, note 8 *in fine*, III, 4e éd. p. 358, 5e éd. p. 589.

[2] Lyon-Caen et Renault, VII, 295; Dalloz, *J. G. Suppl.*, vo *Faillite*, 740; Guillouard, III, 1283; Huc, XIII, 152; Beudant, II, 543.

La loi du 23 mars 1855 a modifié cet état de choses; dans un but de publicité, par des considérations sur lesquelles il est inutile d'insister, elle a solidarisé ces deux garanties en disposant par son art. 7 : « *L'action résolutoire établie par* » *l'art. 1654 C. civ. ne peut être exercée après l'extinction* » *du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont* » *acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et* » *qui se sont conformés aux lois pour les conserver* » (1).

La combinaison de cette disposition avec les art. 2146 C. civ. et 448 C. co. donne, dans la théorie que nous avons admise, naissance à une nouvelle question. L'impossibilité, où se trouve le vendeur de faire inscrire son privilège et de l'opposer aux créanciers de la masse ou aux créanciers du défunt, lui enlève-t-elle la faculté de poursuivre la résolution de la vente au préjudice de ces personnes? Avant d'aborder la discussion de cette difficulté en cas de faillite et en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de vacance de la succession de l'acheteur, il est nécessaire de préciser les conditions auxquelles est subordonnée l'application de cet art. 7 de la loi de 1855. Or, il résulte du texte que trois conditions sont requises. Il faut : 1° que le privilège soit éteint; 2° que le vendeur se trouve en présence de tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur; 3° que ces tiers se soient conformés aux lois pour conserver leurs droits c'est-à-dire aient rempli les formalités de publicité prescrites par le législateur. Abordons maintenant l'étude de la question.

1602. Parlons d'abord du cas de faillite ou du cas d'admission au bénéfice de la liquidation judiciaire assimilé à la faillite par l'art. 5, L. 4 mars 1889 (2). Le vendeur, qui n'a pas fait inscrire son privilège ou dont le contrat n'a pas été transcrit avant le jour du jugement, est-il, en vertu de l'art. 7 de la loi de 1855, déchu de l'exercice de l'action résolutoire?

L'affirmative semble bien rigoureuse pour le vendeur. La faillite de l'acheteur peut être déclarée quelques jours seule-

(1) Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2102.

(2) Orléans, 22 mai 1896, D., 96. 2. 352 et sur pourvoi Req., 7 fév. 1898 et le rapport de M. le conseiller Marignan, D., 98. 1. 459, S., 99. 1. 307.

ment après la vente, avant qu'on ait eu la possibilité de faire transcrire le contrat ou de faire inscrire le privilège. Le vendeur sera privé de toute garantie, sans qu'on puisse lui reprocher aucune faute, aucune négligence. Il aura perdu son privilège et il ne pourra pas agir en résolution. Il sera réduit à produire à la faillite en qualité de créancier chirographaire et sera payé en monnaie de faillite. Cette solution blesse l'équité ; la masse s'enrichit au détriment du vendeur. C'est injuste. Les auteurs de la loi de 1855 n'ont pu vouloir consacrer une pareille iniquité. Ils ont protégé le vendeur contre le danger d'une revente transcrite, en lui accordant un délai de 45 jours à partir de la vente pour inscrire son privilège et conserver en même temps son action résolutoire ; il est inadmissible que la faillite de l'acheteur crée pour le vendeur une situation plus mauvaise. Sous l'empire de ces considérations, on a cherché le moyen d'échapper à l'application de l'art. 7 de la loi de 1855.

1603. On a proposé d'abord de limiter la portée de cette disposition et de la restreindre au cas de sous-aliénation. On a dit : l'art. 7 se rattache intimement à l'art. 6, dont il est la suite et le développement. L'art. 6 indique le cas dans lequel le vendeur a perdu son privilège à la suite d'une sous-aliénation. C'est en vue de la même hypothèse que dispose l'art. 7 ; c'est lorsque le vendeur a perdu son privilège pour défaut de publicité dans le délai de 45 jours à partir de la vente, qu'il se trouve également déchu de son action résolutoire à l'encontre du second acquéreur et de ses ayants cause. La masse des créanciers de la faillite, n'étant pas un sous-acquéreur, ne peut point se prévaloir du bénéfice de la disposition de l'art. 7 (1).

Ce raisonnement n'a pas triomphé et ne devait pas triompher. La disposition de l'art. 7 est conçue en termes trop généraux pour autoriser une interprétation aussi restrictive. La formule employée par le législateur est presque identique à celle qu'on peut relever dans l'art. 3 et il est naturel de lui

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 297, note ; Arthuys, *Rec. civ.*, 1899, *Nouv. sér.*, XXVIII, p. 348 et s.

donner une portée semblable. Cet article a du reste son origine dans un amendement proposé en 1850 par M. Rouher au projet de loi sur les privilèges et hypothèques soumis à l'Assemblée législative et ainsi conçu : « L'action résolutoire » de la vente établie par l'art. 1654 C. civ., et l'action en » reprise de l'objet échangé établie par l'art. 1705 C. civ., ne » peuvent être exercées au préjudice ni des créanciers ins- » crits, ni des sous-acquéreurs, ni des tiers acquéreurs de » droits réels après l'extinction ou la déchéance du privilège » établi par l'article précédent... ». L'art. 7 n'est, sous une forme plus concise, que la reproduction de cette proposition, comme un député, M. Legrand, en a fait l'observation dans la discussion de la loi de 1855 (1). Par conséquent, le législateur a visé dans sa pensée non seulement les tiers acquéreurs, mais encore les créanciers inscrits. C'est du reste logique; la loi de 1855 n'a pas seulement pour but de protéger les tiers acquéreurs; elle est également une loi de crédit immobilier. Ce qui le prouve à l'évidence, c'est en particulier le rapprochement des art. 8 et 9 édictés aussi bien en faveur des créanciers hypothécaires du mari ou des créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme qu'en faveur des tiers acquéreurs d'immeubles du mari. On comprend dès lors que le législateur n'ait pas introduit dans l'art. 7 une distinction qui ne répondait ni à sa préoccupation principale, ni à sa pensée. Il a voulu protéger tons ceux auxquels l'action résolutoire pourrait causer préjudice et il a édicté une disposition en vertu de laquelle, comme l'a dit M. Rouher en 1850, « la » publicité du privilège lui-même constitue la publicité de » l'action résolutoire ».

Enfin l'exposé des motifs de la loi de 1855 confirme cette interprétation. On y lit en effet le passage suivant (2) : « La » nouvelle règle que nous posons n'apporte aucune modifi- » cation à l'action résolutoire du vendeur contre son acqué- » reur, demeuré propriétaire de l'immeuble; elle n'exerce » son influence qu'en faveur des tiers de bonne foi et qui ont

(1) Sirey, *Lois annotées de 1855*, p. 36, note 14, 2e col. *in fine*.

(2) Dalloz, 1855, IV, p. 17, 1er col., n. 12 *in fine;* Sirey, *Lois annotées* de 1855, p. 25, 3e col., n. 9 *in fine*.

» rempli les formalités pour consolider leur droit : est-ce que » la protection de la loi n'est pas due à ceux qui lui ont obéi? » Ou le vendeur a conservé son privilège et il n'a pas besoin » d'action résolutoire, car il est certain d'être colloqué en » premier ordre, ou il a laissé perdre son privilège, et, dans » ce cas, sa négligence n'est imputable qu'à lui seul ; il est » juste que les résultats tombent sur lui plutôt que sur des » tiers vigilants et de bonne foi ».

L'argumentation que nous avons exposée est donc condamnée à la fois par le texte, les origines de l'article et la volonté hautement manifestée par le législateur ; c'est pourquoi cette première interprétation est généralement repoussée (1).

1604. Tout en n'acceptant pas ce raisonnement, la cour de cassation a néanmoins consacré cette théorie dans un premier arrêt (2) et sa doctrine a été suivie par la majorité des auteurs et des arrêts (3). Elle justifiait sa solution par une autre argumentation. Pour que le vendeur soit, en vertu de l'art. 7 de la loi de 1855, privé de l'action résolutoire, il faut que le privilège soit éteint. Or la faillite de l'acheteur enlève bien au vendeur le droit d'inscrire son privilège et de l'opposer à la masse ; mais elle n'en entraîne pas l'extinction absolue en vue de laquelle seule dispose l'art. 7. Le vendeur ne peut plus, il est vrai, demander à être colloqué par préférence à la masse et au préjudice de celle-ci ; mais il n'en conserve pas moins sa sûreté à l'égard du failli, à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs à la faillite ; bien plus, l'art. 448 C. co. est absolument écarté si la faillite est complètement effacée. Il n'y a donc pas extinction du privilège ; il n'y a pas par suite

(1) V. les autorités citées à la note 3 ci-dessous.

(2) Civ. rej., 1er mai 1860, D., 60. 1. 236. S., 60. 1. 602.

(3) Pont, *Rev. crit.*, 1860, XVI, p. 385; Dumolard, *Rev. prat.*, 1861, XI, p. 401 ; Mourlon, *Transcr.*, II, 817 s. ; Verdier, II, 651 à 653 ; Aubry et Rau, § 278, texte et notes 10 et 11, III, 4e éd. p. 359, 5e éd. p. 589-590; Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-XII s. ; Thézard, 307 ; Laurent, XXX, 139; Lepinois, IV, 1281 ; Guillouard, III, 1134 et *Vente*, II, 596 s. — Bordeaux, 15 juill. 1857, D., 57. 2. 185, S., 57. 2. 641 et sur pourvoi Civ. rej., 1er mai 1860, D., 60. 1. 236, S., 60. 1. 602. — Grenoble, 24 mai 1860, S., 60. 2. 526. — Dijon, 13 juin 1864, S., 64. 2. 144. — Lyon, 6 avril 1865, D., 66. 5. 487, S., 66. 2. 196. — Bordeaux, 15 fév. 1875, D., 77. 2. 191.

extinction de l'action résolutoire. Peu importe que les syndics aient ou non fait inscrire l'hypothèque légale de la masse. Dans l'une et l'autre hypothèse, l'une des conditions essentielles pour l'application de l'art. 7 fait défaut.

Ce raisonnement est extrêmement subtil ; car nous ne pouvons percevoir aucune différence entre un privilège dont on ne peut se prévaloir et un privilège éteint. Dans les deux hypothèses, la condition du vendeur demeuré créancier du prix (autrement il ne saurait être question d'action résolutoire) est la même. Sans doute, dans le cas de faillite, l'extinction du privilège n'est que relative ; mais rien ne s'oppose à ce que l'extinction de l'action résolutoire soit elle-même relative et soit calquée sur l'extinction du privilège. Autrement il faudrait aller jusqu'à dire que l'art. 7 est spécial aux tiers acquéreurs et ne peut profiter aux créanciers hypothécaires. C'est en effet seulement lorsque l'immeuble a été aliéné et que l'acte d'aliénation a été transcrit, que le privilège est définitivement perdu. Alors il ne peut être opposé ni sous la forme de droit de préférence aux autres créanciers du même débiteur, ni sous la forme de droit de suite aux acquéreurs de l'immeuble grevé. Mais lorsque cet immeuble est demeuré dans le patrimoine du débiteur tombé en faillite, on ne pourrait jamais dire que le privilège est éteint et que l'action résolutoire ne peut plus être exercée.

Ajoutons que l'argumentation que nous critiquons est en opposition manifeste avec la volonté du législateur. Qu'a-t-il voulu ? Il a voulu mettre les tiers à l'abri des dangers que leur ferait courir une action résolutoire dont ils n'auraient pas pu connaître l'existence. Il a voulu que la publicité du privilège assurât en même temps la publicité de l'action résolutoire. A cet effet, il a associé ces deux garanties ; il a décidé qu'elles seraient conservées ensemble ou qu'elles périraient en même temps. Par conséquent toutes les fois que le privilège ne peut plus être exercé, l'action résolutoire ne peut plus être intentée ; l'une et l'autre garanties s'éteignent en même temps ; elles s'éteignent dans la même mesure ; si l'extinction du privilège n'est que relative comme dans le cas de faillite, l'extinction de l'action résolutoire ne sera également que relative ; cette

action ne pourra être intentée au préjudice de la masse, à laquelle le privilège n'est pas opposable. Le vendeur perdra ainsi des garanties que le code civil lui avait conservées, même après la perte de son privilège. Cette décision nouvelle de la loi de 1855 est en harmonie parfaite avec les principes d'égalité de la loi commerciale sur les faillites.

1605. Des explications précédentes il ne faudrait pas conclure cependant que la faillite entraîne par elle seule l'extinction de l'action résolutoire (1). Nous avons déjà indiqué les conditions requises à cet effet par l'art. 7. Il ne suffit pas en effet que le privilège soit éteint ; il faut en outre que le vendeur soit en présence de tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble et ayant rempli les formalités requises par la loi pour leur conservation. La masse des créanciers de la faillite réunit-elle ces conditions? A-t-elle acquis des droits sur les immeubles du failli? On l'a contesté ; on a prétendu que l'inscription requise en vertu de l'art. 490 C. co. n'avait pour but que d'entourer l'état de faillite d'une plus grande publicité. Nous avons déjà dit et nous espérons avoir démontré (2) que l'art. 490 C. co. crée au profit de la masse une véritable hypothèque légale. Par conséquent, les créanciers de cette masse deviennent, par l'effet du jugement déclaratif de faillite, des tiers et ont acquis un droit réel sur les immeubles du failli. Ils répondent donc à la seconde des conditions requises par l'art. 7 de la loi de 1855. Mais cela ne suffit pas ; il faut encore que les syndics aient rempli les formalités prescrites pour la conservation de cette hypothèque, c'est-à-dire en aient requis l'inscription. Par l'accomplissement de cette condition et à partir seulement de cet accomplissement, les créanciers de la masse acquièrent le droit de se prévaloir de cet art. 7 et de repousser par une fin de non-recevoir l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix (3).

(1) *Sic* Troplong, *Transcr.*, 295-296 ; Sellier, 239 ; Flandin, II, 1188 à 1199.

(2) *Supra*, II, 967.

(3) Rivière et Huguet, 374 ; Rivière, *Rev. crit.*, 1859, XV, p. 433 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, § 813, note 7, p. 209-210 ; Lyon-Caen et Renault, VII, 296 ; Lyon-Caen, *Note* dans S., 1891. 1. 209 ; Huc, XIII, 317 ; Surville, II, 683. — V. Planiol, II, p. 518, note 1. — Riom, 1er juin 1859, D., 59. 2. 124, S., 59. 2. 597. — Civ. rej., 24 mars 1891, D., 91. 1. 145, S., 91. 1. 209. — Bordeaux, 30 avril 1891,

Cette solution est sévère ; le droit du vendeur peut être compromis par une déclaration de faillite qui vient le surprendre au lendemain de la vente ; il est exposé à perdre toutes ses garanties sans qu'il y ait aucune faute, aucune négligence à lui reprocher, sans qu'il ait eu le temps matériel nécessaire pour publier son privilège et par ce moyen son action résolutoire. Ces considérations sont graves ; elles s'adressent plutôt au législateur qu'au jurisconsulte. Les auteurs de la loi de 1855 auraient dû édicter pour le cas de faillite une règle analogue à celle qu'ils ont consacrée dans le deuxième alinéa de l'art. 6 pour le cas de revente ; ils auraient dû accorder à partir de la vente un délai dans lequel le vendeur aurait eu la faculté de faire utilement inscrire son privilège. Ils ne l'ont pas fait ; ils ont établi dans l'art. 7 une règle générale qui n'admet aucune distinction ; nous ne pouvons pas suppléer au silence de la loi ; nous devons nous incliner devant son texte.

1606. La discussion à laquelle nous venons de nous livrer nous permet de déterminer rapidement la situation du vendeur dont le privilège n'a pas été rendu public avant le décès de l'acheteur suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession. L'inscription n'en peut plus être utilement requise (art. 2146) (1); le privilège est éteint à l'encontre des créanciers du défunt. Mais ceux-ci n'acquièrent aucun droit spécial sur les immeubles héréditaires ; dès lors il ne

D., 93. 2. 207. — Trib. civ. Bourganeuf, 22 juin 1894, D., 95. 2. 190. — Orléans, 22 mai 1896, D., 96. 2. 352 et sur pourvoi Req., 7 fév. 1898 et le rapport de M. le conseiller Marignan, D., 98. 1. 459, S., 99. 1. 307. — Paris, 18 juin 1897, *Gaz. des Trib.*, 5-6 juillet 1897. — Trib. civ. Gourdon, 11 janvier 1893, D., 99. 2. 369. — Cpr. en ce sens pour le cas où le privilège et l'action résolutoire ont été expressément réservés dans une aliénation consentie moyennant une rente viagère Trib. civ. Narbonne, 3 mars 1898, *Gaz. des Trib.*, 4-5 juillet 1898. — V. aussi Req., 5 août 1869, D., 70. 1. 161. — Bordeaux, 4 mai 1892, D., 94. 2. 276. — Cpr. Guillouard, III, 1134, 1284, 1285 et *Vente*, II, 596.

(1) Troplong, III, 659 *bis* ; Demangeat sur Bravard, V, p. 299, note ; Aubry et Rau, § 278, texte et note 12, III, 4e éd. p. 360, 5e éd. p. 590-591 ; André, 405 ; Guillouard, III, 1286. — Toulouse, 2 mars 1826, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 673-3°, S., 26. 3. 216. — Nîmes, 23 juin 1829, *J. G.*, eod. v°, 1545-3°, S., 30. 2. 45. — Montpellier, 6 avril 1859, D., 59. 2. 113, S., 59. 2. 593 et sur pourvoi Civ. rej., 27 mars 1861, D., 61. 1. 102, S., 61. 1. 758. — *Contra* Grenier, I, 125. — Besançon, 14 déc. 1861, D., 62. 2. 104, S., 62. 2. 129.

peut être question pour eux de remplir les formalités auxquelles fait allusion l'art. 7 de la loi de 1855. Ils ne rentrent pas dans la catégorie des tiers au préjudice desquels l'action résolutoire de l'art. 1654 ne peut être exercée. Le vendeur ne se trouve donc pas dépouillé de toutes ses garanties; s'il ne peut plus invoquer son privilège et demander une collocation par préférence, il conserve la faculté d'agir en résolution; à défaut du prix dont il ne peut obtenir le paiement, il conserve la faculté de recouvrer l'immeuble (1).

L'arrêt de la cour de cassation du 24 mars 1891 (2) pourrait, d'après un auteur (3), conduire à une autre solution; car il semble faire résulter la perte de l'action résolutoire de la seule extinction du privilège. Mais si la cour n'insiste pas sur les autres conditions requises pour l'application de l'art. 7, si elle ne rappelle pas expressément que la déchéance de l'action résolutoire est seulement encourue à l'égard des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver, c'est manifestement parce que, comme l'arrêt le relève avec soin, l'hypothèque de la masse avait été régulièrement inscrite et que les créanciers de la faillite étaient devenus, quoique l'arrêt ne le dise pas, des tiers au sens de l'art. 7 de la loi de 1855. Le silence de l'arrêt sur ce point s'explique par l'absence de tout débat à cet égard. Mais il ne faudrait pas en conclure que l'extinction même relative du privilège entraîne d'une manière absolue à l'égard de tous la déchéance de l'action résolutoire. Les créanciers héréditaires ne peuvent pas se prévaloir de cette déchéance; ils ne sont pas des tiers réunissant les conditions exigées par l'art. 7. Cependant il en sera autrement, si l'on considère la séparation des patrimoi-

(1) Pont, *Rev. crit.*, 1860, XVI, p. 385; Dumolard, *Rev. prat.*, 1861, XI, p. 401; Demangeat sur Bravard, V, p. 299, note; Aubry et Rau, § 278, texte et note 13, III, 4e éd. p. 360, 5e éd. p. 591; Colmet de Santerre, IX, 120 *bis*-XV; Thézard, 307; Guillouard, III, 1287; Huc, XIII, 317. — Montpellier, 6 avril 1859, D., 59. 2. 113, S., 59. 2. 593 et sur pourvoi Civ. rej., 27 mars 1861, D., 61. 1. 102, S., 61. 1. 758. — Trib. civ. Seine, 21 février 1891, *Journ. des Conserv. des hyp.*, 1891, art. 4170, p. 193. — *Contra* Flandin, II, 1200-1206.

(2) D., 91. 1. 145, S., 91. 1. 209.

(3) *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 365 *in fine*.

nes comme un véritable privilège et si l'on décide que l'acceptation bénéficiaire emporte séparation des patrimoines.

CHAPITRE II

DES FORMALITÉS DE L'INSCRIPTION ET DES ÉNONCIATIONS QU'ELLE DOIT CONTENIR — SANCTION

§ I. *Formalités. Enonciations.*

1607. Le droit commun de la matière est contenu dans les art. 2148 à 2150. L'art. 2153 contient un droit d'exception pour les hypothèques légales de l'art. 2121.

La loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime édicte pour son inscription des règles analogues, que nous aurons l'occasion de rapprocher des dispositions du code civil.

1608. L'inscription s'opère par le ministère du conservateur des hypothèques, dans la circonscription duquel se trouve situé l'immeuble grevé du privilège ou de l'hypothèque.

L'inscription de l'hypothèque maritime s'opère par les soins du receveur principal du bureau des douanes dans la circonscription duquel le navire est en construction, ou du bureau dans lequel le navire est immatriculé s'il est déjà pourvu d'un acte de francisation (art. 6, L. 10 juillet 1885). Nous avons indiqué les modifications que les lois de finances du 18 décembre 1886 et du 26 février 1887 ont apportées à ces dispositions.

N° 1. Le droit commun.

1609. En principe et sauf les exceptions admises par la loi [1], notamment pour le privilège du vendeur d'immeubles dans l'art. 2108, pour l'hypothèque grevant les immeubles du conservateur (L. 21 ventôse an VII, art. 7) et de certains comptables publics (L. 5 septembre 1807, art. 7) [2], les inscriptions n'ont pas lieu d'office ; elles sont faites sur la réquisition de certaines personnes, sur la production de borde-

[1] *Infra*, III, 2608-2609. — Monaco, *C. civ.*, art. 1947.
[2] Req., 29 avril 1897, D., 98. 1. 185, S., 97. 1. 456.

reaux et en vertu d'actes qui doivent être présentés au fonctionnaire chargé de les opérer (art. 2148; art. 8, L. 10 juillet 1885).

1610. L'inscription doit être prise au nom de celui auquel appartient l'hypothèque qu'on veut rendre publique, c'est-à-dire au nom du titulaire de la créance dont elle est l'accessoire. Elle peut aussi être faite au nom du mandataire prête-nom, bien qu'il ne soit qu'un titulaire apparent (1). Telle est la règle (2).

Si le titulaire de la créance est décédé avant que l'inscription n'ait été prise, la formalité peut être remplie au nom de celui-ci pendant la durée de l'indivision. L'art. 2149 permet de prendre inscription sous le nom du débiteur défunt. Il semble qu'en sens inverse et par analogie, l'inscription qui vivifie l'hypothèque garantissant une créance indivise peut être prise au nom du créancier décédé et qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer nominativement les héritiers. Il est vrai cependant que l'analogie n'est pas absolue. Le créancier peut ignorer le nom des héritiers du débiteur décédé; les héritiers du créancier doivent, au contraire, se connaître et on pourrait sans injustice exiger que le nom de chacun d'eux figurât dans la réquisition. Cependant il peut arriver qu'on ne sache pas exactement le nom de tous les parents appelés à recueillir une succession, que le droit d'une personne résulte d'un testament qui n'est pas ouvert ou même dont on ignore l'existence. Pour sauvegarder tous les droits, il est plus simple de décider que l'inscription peut être prise au nom du défunt sans qu'on soit obligé d'indiquer nominativement les héritiers (3); on conserve ainsi le droit indivis et collectif qui appartient à tous (4).

(1) Lepinois, IV, 1617. — Req., 6 juillet 1842, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1488, S., 42. 1. 802.

(2) Paris, 7 mai 1873, D., 73. 2. 158, S., 73. 2. 270.

(3) Grèce, L. 11 août 1836, art. 71.

(4) Proudhon, III, 1040; Pont, II, 931; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 317, 5e éd. p. 530; Thézard, 141; Laurent, XXXI, 4, 46; André, 782; Guillouard, III, 1075; Lepinois, IV, 1582; Huc, XIII, 339. — V. aussi le rapport de M. le conseiller Denis, sous Req., 9 février 1891, D., 92. 1. 11. — Paris, 16 février 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1489-2°, S., 9. 2. 208. — Civ. rej., 15 mai 1809, *J. G.*,

Après le partage, il semblerait devoir en être autrement ; la créance et par suite l'hypothèque appartiennent exclusivement à celui des héritiers auquel le droit a été attribué ; il n'y a plus d'intérêt commun à conserver ; il est naturel que l'inscription soit prise au nom du titulaire du droit. Cependant, comme la loi n'impose pas aux héritiers l'obligation de rendre le partage public et comme les tiers n'ont aucun intérêt à ce que l'inscription soit prise au nom de l'héritier attributaire, on a proposé de valider l'inscription requise au nom du défunt (1). Ne peut-on pas, du reste, appliquer à l'héritier au lot duquel la créance a été placée la même règle qu'au cessionnaire ?

1611. Si la créance est cédée, le cessionnaire peut requérir l'inscription soit en son nom, soit au nom du cédant (2). Qu'il puisse requérir inscription en son nom personnel lorsque la cession a acquis sa perfection par sa signification au débiteur cédé ou par l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique (art. 1690), c'est ce qui ne saurait être contesté ; il est, à l'égard de tous, propriétaire de la créance et de ses accessoires ; il a qualité pour accomplir en son nom personnel toutes les formalités conservatoires de ses droits. Mais il en est de même avant toute signification ou toute acceptation ; car la cession transfère par le seul consentement la créance cédée au cessionnaire ; il a dès lors qualité pour requérir en son nom l'inscription de l'hypothèque. Sans doute, la cession n'est pas opposable aux tiers qui sont : le débiteur de la créance, un subséquent cessionnaire et les créanciers du cédant. Mais de ce qu'ils peuvent faire considérer la cession comme non avenue à leur égard, il ne faudrait pas conclure que les créanciers du débiteur pussent demander la nullité de l'inscription de l'hypothèque : cette inscription est une mesure conserva-

eod. v°, 1489-3°, S., 10. 1. 22. — Req., 17 mars 1852, D., 52. 1. 116, S., 52. 1. 455. — Req., 4 août 1890, D., 91. 1. 359, S., 90. 1. 456.

(1) Pont, II, 963 ; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd., note 1, p. 317, 5e éd., note 1 *bis*, p. 530 ; Guillouard, III, 1076 ; Lepinois, IV, 1582. — V. cep. Persil, II, sur l'art. 2148, § 1, III ; Laurent, XXXI, 4, 46 ; Huc, XIII, 339.

(2) Espagne, *L. hyp.*, art. 153. — Allemagne, L. 24 mars 1897 *sur les livres fonciers*, art. 26, *Ann. de lég. étr.*, XXVII, p. 135. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 215.

toire, qui doit profiter à celui qui est ou sera reconnu propriétaire de la créance (1).

1612. On se demande à l'inverse si, après la signification de la cession, le cessionnaire peut encore requérir l'inscription au nom du cédant. Il est certainement plus régulier qu'elle soit requise au nom du cessionnaire, puisqu'il a, à l'égard de tous, la qualité de créancier; en faut-il conclure que l'inscription prise au nom du cédant serait frappée de nullité? La doctrine et la jurisprudence ont également repoussé cette solution. D'une part, on remarque que l'inscription est faite au nom de celui-là même au profit duquel l'hypothèque a été constituée, que si le cessionnaire est devenu propriétaire de la créance, la loi ne lui interdit pas de faire abstraction de cette qualité et de conserver le droit sous le nom de celui sur la tête duquel il a pris naissance. D'autre part, on observe que la loi ne prononce pas la nullité de l'inscription ainsi prise et que, cette manière d'agir n'étant pas de nature à préjudicier aux tiers, il n'y a pas de motif pour prononcer la nullité (2).

1613. Dans tous les cas, il n'y a pas lieu de tenir compte de la forme en laquelle est constatée la cession et d'exiger qu'elle soit consentie par un acte authentique. L'art. **2152** impose cette condition au cessionnaire qui veut changer le domicile élu dans l'inscription. Mais sa disposition ne saurait être

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 2, art. 10, n. 1; Troplong, I, 365; Martou, III, 1052; Duranton, XX, 95; Duvergier, *Vente*, II, 204; Pont, II, 931; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 318, 5e éd. p. 531; Thézard, 141; Laurent, XXXI, 8. cpr. XXIV, 518-520; de France de Tersant, 55; Guillouard, III, 1077; Lepinois, IV, 1583. — Paris, 13 ventôse an XIII, S., 5. 2. 278. — Req., 4 avril 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III. 1. 319. — Civ. cass., 7 oct. 1812, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1557, S., 12. 1. 111. — Civ. cass., 25 mars 1816, *J. G.*, eod. v°, 1499-4°, S., 16. 1. 233. — Req., 11 août 1819, *J. G.*, eod. v°, 1641-1°, S., 19. 1. 450. — Bourges, 12 fév. 1841, *J. G.*, eod. v°, 1641-1°, S., 41. 2. 617. — Paris, 17 août 1877, D., 78. 2. 36. — Paris, 3 juill. 1897, *Pand. franç.*, 98. 2. 138. — V. aussi Grenoble, 13 mars 1858, D., 58. 2. 176.

(2) Merlin, *Quest.*, v° *Insc. hyp.*, § 11, n. 1; Delvincourt, III, p. 332 et 333; Persil, II, sur l'art. 2148, § 1, IV; Grenier, I, 74; Duranton, XX, 95; Martou, III, 1052; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 318, 5e éd. p. 531; Thézard, 141; Laurent, XXXI, 8; de France de Tersant, 55; Guillouard, III, 1078; Lepinois, IV, 1585. — Req., 15 (non 5) ventôse an XIII, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1499-1°, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II. 1. 81. — Req., 16 nov. 1840, *J. G.*, eod. v°, 1641-4°, S., 40. 1. 961.

étendue à notre matière. On admet qu'un tiers sans titre et agissant en qualité de gérant d'affaires, que les créanciers du titulaire d'une créance peuvent prendre inscription au nom du créancier. A plus forte raison doit-il en être ainsi du cessionnaire, même de celui dont le droit est constaté par un acte sous signature privée. La solution contraire introduirait dans la loi une anomalie inexplicable (1).

1614. Lorsque l'obligation garantie est à ordre ou au porteur (2), l'inscription ne peut être requise qu'au nom du premier titulaire de la créance (3) ; il nous paraît même logique d'admettre dans le second cas que l'inscription peut être faite au profit du porteur du titre et qu'elle est valablement requise sous la seule désignation des titres garantis (4). L'indication du nom du créancier ne présente alors aucun intérêt pour les tiers ; la facilité avec laquelle s'opère la transmission de la créance fait planer une telle incertitude sur la personne du titulaire, qu'il importe peu de connaître son nom à un moment donné (5).

1615. La même solution s'appliquerait *a fortiori* au cas où une hypothèque aurait été constituée pour garantir des obligations à émettre, que ces obligations soient nominatives ou au porteur. L'inscription de l'hypothèque pourrait être faite soit par le banquier souscripteur originaire de ces obligations (6), soit par un tiers agissant en qualité de gérant d'affaires des intéressés futurs, en son nom et au profit des souscripteurs ou des porteurs de ces obligations, spécialement par celui qui a concouru en qualité de stipulant à la consti-

(1) Delvincourt, III, p. 335; Troplong, I, 364; Aubry et Rau, § 270, texte et note 5, III, 4e éd. p. 318, 5e éd. p. 531; Guillouard, III, 1079. — Req., 11 août 1819, S., 19. 1. 450. — *Contra* Grenier, II, 389. — Cpr. Toulouse, 2 janv. 1841, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1500.

(2) Espagne, *L. hyp.*, art. 153.

(3) Labbé, *Note* dans S., 79. 2. 313; Lyon-Caen et Renault, IV, 129; Wahl, *Tr. th. et prat. des titres au porteur*, I, 549; Aubry et Rau, § 270, note 1, III, 5e éd. p. 530. — Colmar, 30 déc. 1850, D., 54. 2. 145, S., 54. 2. 487. — Alger, 7 mai 1870, D., 71. 2. 1, S., 71. 2. 105.

(4) Civ. cass., 20 oct. 1897, D., 02. 1. 59 (Note de M. Sarrut), S., 97. 1. 489.

(5) Lyon-Caen et Renault, II, 593; Gillard, *Constit. hyp. conv.*, 247; Wahl, *Tr. th. et prat des titres au porteur*, I, 549; Aubry et Rau, § 270, note 1, III, 5e éd. p. 530. — V. Huc, XIII, 325. — *Contra* Guillouard, III, 1154. — Poitiers, 15 déc. 1829, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1487, S., 30. 2. 92.

(6) Civ. cass., 20 oct. 1897, D., 02. 1. 59 (Note de M. Sarrut), S., 97. 1. 489.

tution de l'hypothèque. C'est du reste le seul moyen de régulariser une convention parfaitement licite et assez fréquente dans la pratique (1).

1616. Tout créancier a le droit de requérir inscription des hypothèques appartenant à son débiteur (art. 1166 C. civ., art. 775 Pr. civ.) (2). L'inscription doit être prise alors non pas au nom du requérant, mais au nom du débiteur dont le créancier exerce les droits (3). Celui-ci n'agit pas en effet dans son intérêt exclusif, mais dans l'intérêt collectif de tous les créanciers du même débiteur et dans l'intérêt de ce dernier. Le montant de la collocation sera, aux termes de l'art. 775 Pr. civ., distribué comme valeur mobilière entre tous les créanciers inscrits ou opposants.

Est-ce à dire que l'inscription, prise au nom du requérant et non pas au nom du débiteur dont il exerce les droits, sera frappée de nullité ? Il faut, à notre avis, distinguer. La nullité serait certainement encourue, si l'inscription ne fait pas connaître le nom, les prénoms, la profession et le domicile du véritable créancier. Mais si ces indications y étaient exactement et complètement mentionnées, s'il était déclaré que le créancier requérant agit en vertu de l'art. 1166 et exerce les droits de son débiteur, nous pensons que l'inscription devrait être validée. C'est ce qui résulte de l'art. 775 Pr. civ., qui n'aurait pas de raison d'être s'il ne comportait pas cette interprétation. L'art. 2148 reconnaît en effet à toute personne, même sans mandat, le droit de requérir inscription d'une hypothèque. Une disposition spéciale était donc inutile pour conférer cette faculté aux créanciers d'un débiteur. L'art. 1166 la leur attribue d'ailleurs. L'art. 775 Pr. civ. va plus loin ; il met sur

(1) Aix, 8 avril 1878, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 1019-1°, S., 79. 2. 313. — Douai, 12 mai 1880, D., 82. 2. 243. — La cour de Paris, par un arrêt du 15 mai 1878 (sous Cass.), D., 82. 1. 106, S., 83. 1. 218, a admis la validité de la société civile constituée entre tous les obligataires et de l'inscription prise au nom des membres actuels de cette société et au profit des obligataires futurs. Il est peut-être difficile de concevoir dans l'espèce l'existence d'une société civile.

(2) Grèce, L. 11 août 1836, art. 61-1°-2°.

(3) Duranton, XX, 90 ; Martou, III, 1054 ; Pont, II, 932 ; Aubry et Rau, § 270, texte et note 9, III, 4e éd. p. 319, 5e éd. p. 532 ; Laurent, XXXI, 10 ; Guillouard, III, 1082.

la même ligne l'inscription et l'opposition. Or l'opposition est faite au nom du créancier auquel elle profite ; donc l'inscription peut être faite au nom du créancier qui en bénéficie [1].

Nous ne rechercherons pas si l'inscription vaut absolument opposition, notamment si elle frappe la créance d'indisponibilité [2] ; toutefois, il est impossible de ne pas décider que les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre ont acquis un droit exclusif et que les créanciers, dont l'inscription ou l'opposition est postérieure à cette clôture, ne peuvent prétendre concourir avec eux [3].

1617. Il arrive que, dans ce cas, le créancier requiert inscription non pour le montant intégral de la créance de son débiteur, mais seulement jusqu'à concurrence de sa propre créance. Quel est alors l'effet de cette limitation ? Primus est créancier de Paul pour une somme de 2.000 fr. Paul est créancier de Pierre de 10.000 fr. et cette créance est garantie par une hypothèque. Primus fait inscrire cette hypothèque, mais seulement pour 2.000 fr. Dans quelle mesure le droit de Paul est-il conservé ?

On a soutenu que le créancier agissant au nom de son débiteur ne peut limiter l'inscription au montant de sa propre créance et qu'il conserve nécessairement tout entier le droit de son débiteur avec le sien [4].

La solution peut être exacte, si l'inscription renferme l'indication du chiffre de la créance garantie par l'hypothèque ; et encore nous paraît-elle douteuse, parce que le créancier a incontestablement le droit de ne prendre inscription que pour une partie de sa créance. Les créanciers exerçant les droits de leur débiteur jouissent certainement de la même faculté. Pourquoi dès lors l'inscription limitée à une partie de la créance en garantirait-elle nécessairement l'intégralité ?

(1) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 5 ; Persil, II, sur l'art. 2148, § 1, III ; Aubry et Rau, § 270, texte et note 10, III, 4e éd. p. 319, 5e éd. p. 532 ; Guillouard, III, 1082 ; Lepinois, IV, 1587 ; Huc, XIII, 321.

(2) V. en faveur de la négative Seligman, 659 s. ; Garsonnet et Cézar-Bru, IV, 1487. — *Contra* Ollivier et Mourlon, 557. — Cpr. Huc, XIII, 321.

(3) Boitard, Colmet-Daage et Glasson, II, 1038 ; Garsonnet et Cézar-Bru, V, § 1851.

(4) Ollivier et Mourlon, 561 s.

Nous ne le comprenons pas. Serait-ce par hasard parce que l'hypothèque est indivisible ? Mais l'indivisibilité de l'hypothèque ne produit d'effet à l'égard des tiers que dans la mesure de la publicité réalisée. Or, dans la circonstance, la publicité n'existe que pour la somme indiquée dans l'inscription et nous ne voyons pas de motif pour étendre l'effet de l'hypothèque au delà des limites dans lesquelles elle a été portée à la connaissance des tiers. A plus forte raison, en serait-il ainsi si le chiffre réel de la créance garantie n'était pas indiqué dans l'inscription et si l'on s'était contenté d'y mentionner la somme due au créancier requérant.

1618. Le créancier, auquel délégation a été faite d'une créance hypothécaire, ne peut donc pas, avant toute acceptation de sa part, requérir inscription de l'hypothèque en son nom personnel (1). Il se trouve dans la même situation que tous les autres créanciers et ne peut agir qu'au nom du déléguant. A partir de l'acceptation, il doit être assimilé à un cessionnaire et a le droit de requérir inscription en son propre nom. Cette acceptation n'est d'ailleurs soumise à aucune règle spéciale; conformément aux principes généraux, elle peut être expresse ou tacite (2).

L'acceptation est donc la condition indispensable de la validité de l'inscription requise par le délégataire en son nom personnel; elle doit exister au moment où la réquisition est adressée au conservateur. Elle est en quelque sorte la cause

(1) Toullier, VII, 289; Grenier, II, 388; Troplong, I, 368, 370; Duvergier, *Vente*, II, 241-242; Marton, III, 1053; Pont, II, 931; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 318, 5e éd. p. 531; Guillouard, III, 1080; Lepinois, IV, 1586; Huc, XIII, 321. — Civ. rej., 21 février 1810, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1502, S., 10. 1. 209. — Metz, 24 nov. 1820, *J. G.*, eod. v°, 1053, S., 21. 2. 315. — Aix, 27 juil. 1846, S., 46. 2. 443. — Civ. cass., 7 mars 1865, D., 65. 1. 121, S., 65 1. 165. — *Contra* Laurent, XXXI, 9.

(2) La jurisprudence avait d'abord exigé une acceptation expresse et authentique : Civ. rej., 21 février 1810; Metz, 24 novembre 1820, cités note précédente; — mais elle ne tarda pas à reconnaître qu'une acceptation tacite était parfaitement suffisante : Montpellier, 1er août 1832, *J. G.*, v° *Oblig.*, 2476, S., 33. 2. 426. — Civ. rej., 8 juil. 1834, S., 34. 1. 504. — Req., 27 janv. 1856, S., 56. 1. 605. — Orléans, 19 décembre 1863, sous Cass., D., 65. 1. 254, S., 65. 1. 190. — Civ. cass., 7 mars 1865, D., 65. 1. 121, S., 65. 1. 165. — Poitiers, 25 juil. 1882, et sur pourvoi Req., 5 fév. 1884, D., 84. 1. 367, S., 86. 1. 423. — *Sic* Aubry et Rau, § 270, texte et note 7, III, 4e éd. p. 319, 5e éd. p. 531; Guillouard, III, 1081; Huc, XIII, 321.

de la validité de cette inscription. Par conséquent, elle ne saurait en être la conséquence ; elle ne saurait résulter de cette réquisition même, l'effet ne peut être antérieur à la cause [1].

1619. L'inscription ne profite, en règle générale, qu'à celui au nom duquel elle a été requise. Lorsqu'elle est prise au nom et dans l'intérêt de plusieurs créanciers dont le droit résulte d'un seul et même acte, il ne s'établit entre les divers intéressés aucun lien de solidarité ni d'indivisibilité [2]. L'inscription ne produit alors ses effets qu'au profit de ceux qui y sont dénommés et dans la mesure de l'intérêt de chacun, tel qu'il est révélé aux tiers par la publicité, à moins que le requérant n'ait agi dans l'intérêt commun de tous [3]. Il faut donc, pour déterminer l'effet de l'inscription, rechercher au nom et dans l'intérêt de quelles personnes elle a été faite. Ainsi l'inscription prise par l'usufruitier en son nom personnel ne profite pas au nu propriétaire [4]. De même, l'inscription prise par une femme pour la conservation de son douaire ne profite pas à ses enfants, quoique le fonds du douaire leur appartienne [5]. Ainsi l'inscription prise par un créancier pour sûreté d'une rente viagère réversible après son décès sur la tête d'un tiers ne profite pas à ce dernier, quoique la clause de réversibilité soit mentionnée dans l'inscription [6]. A l'inverse, l'inscription prise par l'un des héritiers d'un interdit pour sûreté et garantie de toutes les sommes qui pourraient être dues à l'interdit ou à sa succession

(1) Troplong, I, 368; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 319, 5e éd. p. 532; Guillouard, III, 1081; Huc, XIII, 321. — Aix, 27 juillet 1846, S., 46. 2. 443. — Civ. cass., 7 mars 1865, D., 65. 1. 121, S., 65. 1. 165. — Trib. civ. Mont-de-Marsan, 26 mai 1887, *la Loi*, 7 août 1887. — *Contra* Dijon, 4 février 1847, D., 47. 4. 152, S., 47. 2. 407.

(2) Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 319, 5e éd. p. 532; Thézard, 141; Guillouard, III, 1684. — Bordeaux, 1er décembre 1885, D., 87. 2. 12.

(3) Civ. cass., 28 février 1900, D., 00. 1. 295, S., 04. 1. 119.

(4) Proudhon, III, 1039 s.; Troplong, III, 675; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 369, 5e éd. p. 533; Laurent, XXXI, 102; Guillouard, III, 1090; Lepinois, IV, 1589. — Req., 4 frimaire an XIV, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1493-1°, S., 6. 1. 209.

(5) Caen, 9 déc. 1824, *J. G.*, eod. v°, 1493-1°. — V. cep. Huc, XIII, 255. — Req., 25 fév. 1812, 11 juill. 1827, 18 avril 1832, *J. G.*, eod. v°, 1495.

(6) Aubry et Rau, *loc. cit* ; Guillouard, III, 1084. — Poitiers, 26 janv. 1832, *J. G.*, eod. v°, 1493-2°, S., 31. 2. 209.

à raison de la gestion du tuteur profite à tous les héritiers, même à ceux qui n'y sont pas dénommés [1]. La même règle s'applique à l'inscription requise par les subrogés à l'hypothèque légale de la femme mariée, ainsi que nous l'avons déjà vu [2].

1620. Le droit de requérir inscription de l'hypothèque garantissant une créance appartient en premier lieu au titulaire de la créance, à ses successeurs universels, à titre universel ou même à titre particulier comme les cessionnaires [3].

Les incapables eux-mêmes, ceux qui n'ont pas en règle générale l'exercice de leurs droits, peuvent accomplir seuls, sans assistance et sans autorisation, cette formalité conservatoire [4]. L'art. **2139** fait une application pure et simple de cette idée en décidant que les femmes mariées et les mineurs peuvent faire inscrire l'hypothèque légale qui leur appartient sur les biens de leurs maris et tuteurs.

Nous avons vu en outre que dans ces hypothèses la loi impose à certaines personnes l'obligation de requérir inscription de ces hypothèques ou en autorise d'autres à le faire [5]. Nous connaissons la sanction des devoirs créés par la loi.

Cette obligation incombe également à ceux qui sont investis, en vertu d'un mandat légal ou conventionnel, de l'administration de la fortune d'autrui ; ils sont tenus, à peine de dommages-intérêts, de prendre inscription des hypothèques garantissant les créances qui font partie des biens dont ils ont la gestion. Spécialement l'usufruitier d'une créance hypothécaire peut et doit requérir inscription des hypothèques

(1) Req., 4 août 1890, D., 91. 1. 359. S., 90. 1. 456.

(2) *Supra*, II, 1097.

(3) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 83. — Espagne, *L. hyp.*, art. 6. — Soleure, *C. civ.*, art. 969. — Lois prussiennes du 5 mai 1872 *sur l'acquisition de la propriété immobilière*, art. 19 et *sur les livres fonciers*, art. 36 s., *Ann. de législ. étr.*, II, p. 222 et 244 s. — Brunswick, L. 8 mars 1878, *Ann. de législ. étr.*, VIII, p. 193. — Allemagne, L. 24 mars 1897 *sur les livres fonciers*, art. 15, *Ann. de législ. étr.*, XXVII, p. 133. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 58, 59, 61, 62. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2084. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3140.

(4) Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 320, 5e éd. p. 533; Thézard, 141 ; Guillouard, III, 1085-1086.

(5) *Supra*, II, 1523 et s.

non seulement en son nom, mais encore au nom et dans l'intérêt du nu propriétaire (1). Il en est de même du mari ou du tuteur pour les créances appartenant à sa femme ou à son pupille. Il en est de même pour le créancier auquel une créance hypothécaire a été donnée en gage (2).

Le notaire qui a reçu un acte portant constitution d'hypothèque n'est pas constitué par cela seul mandataire des parties à l'effet de remplir les formalités légales. Sa mission, telle qu'elle est déterminée par les lois organiques du notariat, consiste seulement à imprimer l'authenticité aux actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner ce caractère. Il ne saurait donc encourir de ce chef une responsabilité plus étendue. Mais il peut recevoir un mandat spécial du créancier et les tribunaux admettront d'autant plus facilement l'existence d'une pareille convention qu'elle est, dans certaines contrées, entrée dans les usages et les habitudes. Les notaires sont alors responsables non pas en qualité de notaires, mais en qualité de mandataires. On leur applique les règles du droit commun (3). Les mêmes principes s'appliquent aux avoués (4).

Rappelons que les créanciers de celui auquel appartient une créance hypothécaire ont le droit de requérir inscription de l'hypothèque conférée à leur débiteur (art. 1166 C. civ., art. 775 Pr. civ.).

(1) Proudhon, III, 1038; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 320, 5e éd. p. 534; Laurent, XXXI, 5; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, 554 et 719; Guillouard, III, 1089.

(2) *Supra*, I, 137.

(3) Pont, II, 937 et *Rev. crit.*, 1855, VII, p. 35 s.; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 320, 5e éd. p. 534; Laurent, XXVII, 361 s.; Eloy, *Respons. des not.*, II, 854 s.; Didio, *Encyc. du notar.*, v° *Respons. not.*, 328 s.; Guillouard, III, 1088; Lepinois, IV, 1588; Huc, XIII, 320. — Bordeaux, 26 mars 1844, S., 44. 2. 463. — Req., 4 juillet 1847, D., 47. 1. 350, S., 48. 1. 205. — Riom, 7 décembre 1848, D., 49. 2. 55, S., 49. 2. 88. — Paris, 28 juillet 1851, D., 52. 2. 145, S., 51. 2. 794. — Lyon, 13 août 1852, D., 53. 2. 94. — Rouen, 24 novembre 1852, D., 54. 2. 75, S., 53. 2. 263. — Req., 14 février 1855, D., 55. 1. 170, S., 55. 1. 171. — Aix, 10 août 1870, D., 73. 2. 204, S., 71. 2. 133. — Req., 15 décembre 1874, D., 75. 1. 453, S., 75. 1. 212. — Orléans, 18 janvier 1879, D., 79. 2. 243. — Montpellier, 30 juin 1890, D., 91. 2. 181. — Pau, 20 juin 1892, D., 93. 2. 161. — Civ. cass., 18 novembre 1895, D., 96. 1. 16, S., 96. 1. 500. — Alger, 28 février 1898, *Journal du not.*, 98, p. 534.

(4) Huc, XIII, 320. — Cass., 30 octobre 1889, *Pand. franç.*, 90. 1. 123.

Sous l'empire des besoins de la pratique, on décide même, et avec raison suivant nous, que l'inscription peut être requise au nom et dans l'intérêt du créancier par un tiers agissant sans mandat et en qualité de simple gérant d'affaires (1). C'est ainsi que l'inscription de l'hypothèque établie pour sûreté d'obligations nominatives ou au porteur à émettre par une société pourrait être valablement faite par le notaire qui a reçu l'acte, par le tiers qui a stipulé en faveur des souscripteurs futurs de ces obligations ou même par toute autre personne. L'inscription produirait alors ses effets ordinaires. Le créancier dans l'intérêt duquel elle aurait été prise aurait le droit de s'en prévaloir pour obtenir une collocation par préférence. Mais il pourrait aussi renoncer au bénéfice de cette mesure conservatoire et en donner main-levée.

On va même plus loin et on décide que le créancier et le débiteur pourraient d'un commun accord s'adresser à la justice pour faire ordonner la radiation de l'inscription aux frais du tiers et faire prononcer contre lui, s'il y a lieu, une condamnation à des dommages-intérêts (2).

Les personnes qui sont obligées de requérir ou autorisées à requérir inscription d'un privilège ou d'une hypothèque, ont la faculté d'agir par elles-mêmes ou de se faire représenter par un mandataire. Ce mandat n'est soumis à aucune formalité. Il peut être constaté par écrit ou simplement verbal. Il peut être exprès ou tacite. Le mandat tacite résultera des circonstances de la cause ; il sera même suffisamment prouvé à l'égard du conservateur des hypothèques par ce fait que le tiers est porteur de l'original en brevet ou d'une expédition authentique de l'acte ou du jugement duquel résulte le privilège ou l'hypothèque (3).

(1) Delvincourt, III, p. 332 ; Troplong, III, 674 ; Martou, III, 1050 ; Pont, II, 936 ; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 321, 5e éd. p. 534-535 ; Labbé, *Note* dans S., 79. 2. 313 ; Lyon-Caen et Renault, II, 591 ; Guillouard, III, 1092 ; Lepinois, IV, 1590 ; Huc, XIII, 320. — Civ. rej., 13 juil. 1841, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1456-1°, S., 41. 1. 731. — Civ. rej. (sur ce point), 26 nov. 1895, D., 96. 1. 313, S., 96. 1. 73. — Civ. cass., 20 oct. 1897, D., 02. 1. 59 (*Note* de M. Sarrut), S., 97. 1. 489. — *Contra* Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 5 ; Laurent, XXXI, 6.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Guillouard, III, 1094 ; Lepinois, IV, 1590. — Caen, 8 mai 1839, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1386, S., 39. 2. 329.

(3) Troplong, III, 673 ; Duranton, XX, 88 ; Baudot, *Form.al. hyp.*, 217 ; Pont, II,

1621. En terminant sur ce point, nous ferons une dernière observation. Le conservateur des hypothèques n'est pas tenu, en cette qualité, de prendre d'office inscription des privilèges, des hypothèques légales ou conventionnelles, dont les actes présentés à la transcription lui révèleraient l'existence. Une pareille obligation ne peut être établie que par un texte formel (1). Ainsi en est-il spécialement pour le privilège du vendeur d'immeubles (art. 2108). En dehors de ces cas exceptionnels, qui par suite ne sauraient être étendus par analogie, le conservateur doit attendre les réquisitions des parties.

Nous n'en conclurons pas cependant que de pareilles inscriptions seraient frappées de nullité. Car la loi ne prononce expressément par aucun texte la nullité de l'inscription prise par le conservateur des hypothèques de son propre mouvement. La nullité ne pourrait donc être que virtuelle. On ne voit pas de motif pour suivre ici une règle différente de celle que nous avons admise pour un tiers agissant sans mandat. L'inscription n'est qu'une mesure de publicité organisée dans l'intérêt des tiers. Or peu leur importe la personnalité de celui qui a pris ou requis l'inscription. Ils ont besoin de connaître les charges qui pèsent sur l'immeuble; l'inscription atteint le but. Elle suffit pour les renseigner. Il leur est indifférent de savoir par qui elle a été requise ou même si elle a été faite sans réquisition régulière. La nullité n'aurait pas de raison d'être. Le créancier pourrait donc profiter de l'inscription prise spontanément et de son propre mouvement par le conservateur, la maintenir et la faire valoir. Il ne s'agit pas d'une inscription *d'office* au sens technique du mot; le conservateur a agi comme *negotiorum gestor* (2). Mais les

935; Aubry et Rau, § 270, III, 4e éd. p. 321, 5e éd. p. 534; Thiry, IV, 525; Guillouard, III, 1091.

(1) *Supra*, II, 1609.

(2) Aubry et Rau, § 270, texte et note 21, III, 4e éd. p. 322, 5e éd. p. 536; Thézard, 141; Planiol, *Note* dans D., 96. 1. 313; Guillouard, III, 1057; Lepinois, IV, 1591; Huc, XIII, 319. — Cpr. Persil, II, sur l'art. 2148, IV; Delvincourt, III, p. 334; Pont, I, 270, et II, 933; Flandin, II, 1123; de France de Tersant, 71. — Civ. rej., 13 juill. 1841, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1456-1°, S., 41. 1. 731. — Agen, 4 janv. 1854, D., 55. 2. 42, S., 54. 2. 350. — Civ. rej., 26 nov. 1895, D., 96. 1. 313, S., 96. 1. 73. — *Contra* Poitiers, 1er juill. 1831, *J. G.*, eod. v°, 662, S., 31. 2. 241. — Nimes,

parties intéressées pourraient aussi en répudier les avantages, refuser de payer au conservateur ses droits et salaires et même le poursuivre en justice pour faire ordonner la radiation à ses frais.

1622. Les inscriptions sont prises sur les personnes et non sur les biens. La publicité organisée par notre code est une publicité personnelle ou par *noms de propriétaires* et non une publicité réelle ou par *désignation des immeubles* (1).

L'inscription est prise sur la personne du chef de laquelle procède le privilège ou l'hypothèque qu'on veut rendre public. C'est pourquoi l'art. 2148 exige qu'on désigne de la manière la plus précise, dans le bordereau de l'inscription, le débiteur ou le propriétaire sur lequel elle est requise.

Il ne peut évidemment se présenter aucune difficulté, si l'hypothèque a été consentie par le débiteur personnel sur un bien dont il est propriétaire. C'est sur lui que l'inscription doit être requise.

Si l'hypothèque a été constituée par un tiers pour sûreté de la dette d'autrui, un léger doute peut naître ; car le débiteur personnel et le débiteur hypothécaire sont deux personnes différentes. Le bon sens indique que l'inscription doit être prise sur le propriétaire constituant. La publicité a pour but de faire connaître aux tiers les charges grevant les immeubles de celui avec lequel ils traitent. Lorsque l'hypothèque a été consentie pour sûreté de la dette d'autrui, c'est le nom du constituant que les tiers ont besoin de connaître, c'est ce nom qui doit figurer dans l'inscription. Le texte de la loi est d'accord avec la raison. Il est vrai que l'art. 2148-2° parle d'abord du débiteur, semblant avoir ainsi en vue le débiteur personnel ; mais le législateur a pris soin de préciser sa pensée en ajoutant que les indications fournies doivent permettre de reconnaître l'individu grevé d'hypothèque. Dans la pensée de la loi, le débiteur dont elle parle, c'est en même temps l'individu grevé d'hypothèque ; les rédacteurs du code ont supposé que ces deux personnes n'en font qu'une ; ils ont

29 nov. 1854, S., 55. 2. 512. — Cpr. Colmar, 30 mai 1865, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 206, S., 65. 2. 348.

(1) V. *supra*, I, Introduction, p. XLV s., et II, 1542.

statué *de eo quod plerumque fit*. Mais si elles sont distinctes, c'est sur le débiteur hypothécaire, sur le propriétaire constituant que l'inscription doit être prise [1].

1623. Si cette personne est décédée, l'inscription devrait régulièrement être prise sur les héritiers, et il faudrait les y désigner individuellement; car ils sont propriétaires. Le créancier peut certainement user de cette faculté [2], qui est de droit commun; l'art. **2149** consacre implicitement cette solution. Mais le législateur ne pouvait pas oublier que l'hypothèque est née du chef du défunt, que le créancier peut ignorer la mort du constituant ou ne pas connaître le nom de tous ses héritiers, ou ne pas savoir ceux qui ont accepté ou renoncé. Il a cru sage de venir au secours du créancier et de mettre à sa disposition le moyen de sauvegarder ses droits. C'est ce qu'il a fait par l'art. **2149** :

« *Les inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée* » *pourront être faites sous la simple désignation du défunt,* » *ainsi qu'il est dit au n° 2 de l'article précédent* » [3].

C'est une faculté que la loi accorde au créancier; il peut parfaitement y renoncer, comme nous l'avons dit [4].

1623 I. Cette faculté d'option accordée au créancier n'est pas limitée par la loi à un certain délai, elle n'est subordonnée à aucune condition. Par conséquent elle ne cesse pas lorsque les héritiers ont reconnu la dette et en ont fourni titre nouvel, quoiqu'on ait soutenu le contraire [5]. En vain on objecte que

(1) Martou, III, 1074; Pont, II, 976; Aubry et Rau, § 271, III, 4e éd. p. 322, 5e éd. p. 537; Laurent, XXXI, 11; Colmet de Santerre, IX, 126 *bis*-I; Thiry, IV, 526; Guillouard, III, 1096; Lepinois, IV, 1593. — Trib. suprême de Munich, 8 octobre 1900, S., 04. 5. 27. — Cpr. Huc, XIII, 329; Planiol, II, 2954. Ces auteurs exigent l'indication du débiteur personnel et du tiers grevé. C'est, il nous semble, imposer une formalité que la loi n'exige pas. — V. *infra*, II, 1642.

(2) Pont, II, 973; Aubry et Rau, § 271, texte et note 3, III, 4e éd. p. 323, 5e éd. p. 537; Guillouard, III, 1098; Lepinois, IV, 1594; Huc, XIII, 340.

(3) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 86. — Italie, *C. civ.*, art. 1981. — Monaco, *C. civ.*, art. 1989. — Valais, *C. civ.*, art. 1907. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1231-1°. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1780, 1784. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 71. — Haïti, *C. civ.*, art. 1916.

(4) Persil, II, sur l'art. 2149, II; Pont, II, 973; Aubry et Rau, § 271, texte et note 2, III, 4e éd. p. 323, 5e éd. p. 537; Guillouard, III, 1097. — Rapp. Civ. rej., 2 mars 1812, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1511-1°, S., 12. 1. 257.

(5) Persil, II, sur l'art. 2149, III.

le créancier a alors accepté l'héritier pour débiteur, qu'il y a eu novation suivant les termes de l'art. 879, et on conclut que l'inscription doit être prise sur l'héritier parce qu'il est à la fois le débiteur personnel et le propriétaire de l'immeuble grevé. Mais, pour répondre à l'objection, il suffit de remarquer que la novation de l'art. 879 n'est pas une véritable novation au sens de l'art. 1271. Il n'y a pas substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, puisque l'héritier est le continuateur de la personne du défunt; s'il en était autrement, l'hypothèque serait éteinte (art. 1278) et, comme l'observe très exactement Martou, aucune inscription ne pourrait être prise ni contre l'héritier ni contre le défunt. Reconnaissons donc que dans ce cas l'héritier est obligé personnellement et hypothécairement du chef du défunt et que l'inscription de l'hypothèque peut être faite conformément à l'art. 2149, soit contre l'héritier, soit contre le défunt [1].

1624. Enfin on se demande sur qui, en cas d'aliénation de l'immeuble grevé, l'inscription doit être prise. Doit-elle être faite sur le constituant ou sur le nouveau propriétaire? Il nous paraît certain que l'inscription peut être valablement prise sur la personne du constituant. Nous avons démontré que l'art. 2148-2° le désignait sous cette double dénomination : le débiteur, l'individu grevé d'hypothèque. Il nous est impossible d'admettre que la loi entende par ces dernières expressions le tiers détenteur. Cela serait d'autant plus étrange que, dans bien des cas, l'acte d'aliénation ne serait pas opposable au créancier hypothécaire (c'est même une condition essentielle quand il s'agit d'une première inscription). On ne comprendrait pas que la loi imposât au créancier hypothécaire l'obligation de tenir compte d'un acte qui ne lui est pas opposable. On le comprendrait d'autant moins que l'indication du nom du constituant a pour but de permettre aux tiers de vérifier la validité de la constitution et que l'indication du nom d'une personne complètement étrangère à l'acte constitutif ne leur

[1] Martou, III, 1113; Pont, II, 974; Aubry et Rau, § 271, texte et note 4, III, 4e éd. p. 323, 5e éd. p. 537; Laurent, XXXI, 13; Guillouard, III, 1099; Lepinois, IV, 1595.

fournirait aucun renseignement utile [1]. Aussi serions-nous même portés à penser que l'inscription prise sur le tiers détenteur seulement serait frappée de nullité [2], à moins que celui-ci n'eût assumé l'obligation de son vendeur.

1625. L'inscription suppose l'existence du privilège ou de l'hypothèque dont elle a pour but d'assurer la publicité. Elle peut donc être requise en vertu de tout acte susceptible de donner naissance à un privilège ou à une hypothèque. Un acte authentique n'est pas indispensable. L'art. 2148 al. 1, dispose cependant : « *Pour opérer l'inscription, le créancier* » *représente, soit par lui-même, soit par un tiers, au conser-* » *vateur des hypothèques, l'original en brevet ou une expé-* » *dition authentique du jugement ou de l'acte qui donne* » *naissance au privilège ou à l'hypothèque* » [3]. Ainsi, pour faire inscrire une hypothèque conventionnelle, le créancier

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 2, art. 16, n. 2; Grenier, I, 87; Duranton, XX, 110; Troplong, III, 681 *ter;* Pont, II, 975; Aubry et Rau, § 271, texte et note 5, III, 4e éd. p. 323, 5e éd. p. 538; Laurent, XXXI, 14; Colmet de Santerre, IX, 126 *bis*-III; Guillouard, III, 1100; Huc, XIII, 329. — Bruxelles, 7 mars 1807, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1515-1°, S., 7. 2. 721. — Paris, 10 fév. 1808, *J. G.*, *ibid.*-3°, S., 8. 2. 289. — Bruxelles, 2 janv. 1812, S., 12. 2. 325. — Caen, 6 mai 1812, *J. G.*, *ibid* -4°, S., 12. 2. 451. — Civ. cass., 27 mai 1816, *J. G.*, *ibid* -5°, S., 16. 1. 265. — Metz, 5 août 1819, S., 21. 2. 7. — Rapp. Civ. cass., 5 avril 1892, D., 92. 1. 283, S., 92. 1. 489. — *Contra* Req., 13 thermidor an XII, *J. G.*, eod v°, 1514, S., 5. 1. 45.

[2] Grenier, I, 87; Duranton, XX, 110-111; Aubry et Rau, § 271, III, 4e éd. p. 323, 5e éd. p. 538; Guillouard, III, 1100. — Civ. cass., 27 mai 1816, 5 avril 1892, cités note précédente. — *Contra* Colmet de Santerre, IX, 126 *bis*-V et VI.

[3] V. sur les diverses dispositions contenues dans cet art. 2148 : Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 83. — Italie, *C. civ.*, art. 1932-1935, 1987, 1989-1991. — Monaco, *C. civ.*, art. 1988. — Espagne, *L. hyp.*, art. 2, 5, 9, 12; *Règl.*, art. 9. — Portugal, *C. civ.*, art. 960, 978-979. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1734. — Tessin, *C. civ.*, art. 867, 872-873. — Valais, *C. civ.*, art. 1900, 1904, 1908. — Soleure, *C. civ.*, art. 845, 859, 962. — Zurich, *C. civ*, art. 328-329, 340. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1231. — L. Prussiennes, 5 mai 1872 *sur l'acquisition de la propriété immobilière*, art. 23-24, et *sur les livres fonciers*, art. 30 s., 39, *Ann. de législ. étr.*, II, p. 223, 244-245. — Allemagne, *C. civ.*, art. 1115, L. 24 mars 1897 *sur les livres fonciers*, art. 13 s., *Ann. de législ. étr.*, XXVII, p. 132 s. — Suède, L. 16 juin 1875, art. 3, 14-16, *Ann. de législ. étr.*, V, p. 815. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1871-1872, *Pr. civ.*, art. 727. — Monténégro, *C. gén. des biens*, art. 196-198, 200. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 19, 67. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 2136-2147. — Louisiane, *C. civ.*, art. 3330 à 3332. — Mexico, *C. civ.*, art. 2025-2026. — Haïti, *C. civ.*, art. 1915. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2088, 2091. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3138-3139, rapp. art. 3131. — Uruguay, *C. civ.*, art. 2290. — Chili, *C. civ.*, art. 2402.

devra présenter au conservateur des hypothèques l'original en brevet ou une expédition authentique de l'acte constitutif de l'hypothèque ; s'il s'agit d'une hypothèque judiciaire, il faudra une expédition authentique du jugement qui donne naissance à l'hypothèque.

Si le texte suppose que le titre qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque est authentique, c'est qu'il statue *de eo quod plerumque fit*. Mais ce titre sera quelquefois sous seing privé ; ainsi le privilège du copartageant peut avoir sa source dans un partage fait en la forme sous seing privé ; l'hypothèque légale du légataire peut résulter d'un testament olographe, qui est un acte sous seing privé. L'inscrivant présentera au conservateur des hypothèques un des originaux de l'acte de partage dans le premier cas, le testament olographe dans le second. Il en serait de même pour le privilège du vendeur (1). Il en serait de même pour le privilège des architectes, qui naît en vertu de la loi et sans qu'on puisse parler d'un titre constitutif (2). Il pourrait même arriver que l'inscrivant n'eût aucun titre à présenter, parce qu'il n'en existe pas. Tel serait le cas où les créanciers d'une succession voudraient faire inscrire le privilège de la séparation des patrimoines. Il en sera spécialement ainsi pour les créances des fournisseurs du défunt. Tel serait le cas d'une manière générale pour les créances de l'art. **2101**, dont l'inscription est nécessaire pour la conservation du droit de suite. Tel serait encore le cas des hypothèques légales de l'art. **2121** ; mais pour celles-ci nous avons un texte ; l'art. **2153** n'exige pas la représentation du titre.

1626. La seule question que soulèvent ces hypothèses et qui s'est particulièrement présentée pour la séparation des patrimoines est de savoir si le conservateur est obligé d'obéir

(1) Persil, I, sur l'art. 2108, VII ; Delvincourt, III, p. 283 et 332 ; Grenier, II, 286 ; Duranton, XX, 98 ; Troplong, I, 285 *bis* ; Pont, I, 266, II, 943 ; Flandin, II, 1107, 1116 ; Aubry et Rau, § 271, III, 4e éd. p. 324, 5e éd. p. 538, § 274, texte et note 1, III, 4e éd. p. 341, 5e éd. p. 562 ; Colmet de Santerre, IX, 123 *bis*-I ; Guillouard, III, 1101, 1105 ; Planiol, II, 2949. — Civ. cass., 6 juill. 1807, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 638-4°, S., 7. 2. 1137.

(2) Lepinois (IV, 1614) exige que le rapport des experts soit déposé au greffe (art. 319 Pr. civ.) et qu'on produise une expédition délivrée par le greffier.

à la réquisition qui lui est adressée, sur la seule déclaration par le requérant de sa qualité de créancier du défunt. D'éminents auteurs la résolvent par l'affirmative. Le privilège de la séparation des patrimoines est accordé par la loi à tous les créanciers du défunt, à ceux qui n'ont pas de titre aussi bien qu'à ceux dont la créance est constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé. On ne peut subordonner la conservation d'un droit incontestable à l'accomplissement d'une condition irréalisable. On ne peut pas non plus exiger l'observation de formalités de procédure dont le législateur ne paraît même pas avoir eu la pensée (1).

Cette solution cependant est en opposition sinon peut-être avec le texte de l'art. 2148, du moins avec son esprit. Le législateur a voulu prévenir les inscriptions prises sans droit. A cet effet, il a confié au conservateur des hypothèques la mission de s'assurer de l'existence au moins apparente de la cause de préférence dont l'inscription est requise et d'exiger la représentation du titre ou de l'expédition du titre générateur du privilège ou de l'hypothèque. Enlever à ce fonctionnaire le moyen de faire ces vérifications, n'est-ce pas aller contre la volonté certaine du législateur? Sans doute le conservateur des hypothèques peut ne pas réclamer cette justification (2). Il agit alors à ses risques et périls. Mais nous nous refusons à accorder aux parties intéressées la faculté de le priver de ces garanties.

Il faudra donc remplir quelques formalités. Quelles règles suivre? Il nous paraît impossible, quoi qu'on en ait dit, d'exiger qu'on s'adresse à la justice pour obtenir, par un jugement de condamnation ou même, s'il s'agit d'un créancier chirographaire, par un jugement de reconnaissance d'écriture, le

(1) Vazeille, *Succ.*, sur l'art. 878, n. 12; Massé et Vergé sur Zachariæ, II, p. 338, § 385, note 26; Martou, III, 1059; Pont, II, 944; Aubry et Rau, § 275, III, 4e éd. p. 342, 5e éd. p. 563; de France de Tersant, 40; Huc, XIII, 322. — Cpr. cep. Aubry et Rau, § 629, 4e éd. VI, p. 483. — Agen, 18 juill. 1894, D., 95. 2. 217, S., 95. 2. 177.

(2) Cpr. Civ. cass., 2 fév. 1885, D., 85. 1. 286, S., 86. 1. 57. — Cet arrêt valide l'inscription prise par le créancier même sans autorisation du juge, parce que l'existence de la créance n'était pas contestée et que le débat portait exclusivement sur le montant de la somme due.

titre qui fait défaut [1]. Une poursuite, en supposant même qu'elle ne compromît pas l'existence du privilège, pourrait être entravée par l'exception dilatoire de l'art. 174 Pr. civ.; elle entraînerait toujours des lenteurs; le délai de six mois accordé par l'art. 2111 pourrait expirer avant qu'une décision ne fût intervenue. La conservation du droit deviendrait impossible.

Pour éviter ces inconvénients sans sacrifier les garanties légales, nous serions disposés à recourir à une ordonnance rendue sur requête comme en matière de saisie-arrêt pratiquée sans titre (art. 558 Pr. civ.) [2]. Cette solution est assurément satisfaisante. Elle sauvegarde les intérêts de l'héritier sans compromettre les droits du créancier, qui pourra facilement remplir cette formalité dans les six mois de l'art. 2111. Elle est conforme à la raison. L'inscription est une mesure conservatoire ; elle met opposition à ce que l'héritier hypothèque les biens héréditaires ou en dispose au préjudice des créanciers du défunt. Elle présente donc une incontestable analogie avec la saisie-arrêt et il nous paraît logique de suppléer de la même manière au défaut de titre dans l'une et l'autre hypothèse. Cette manière de procéder est usitée dans la pratique [3].

En résumé, l'art. 2148 est incomplet quand il permet au conservateur des hypothèques d'exiger la représentation de l'original en brevet ou de l'expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque. Il n'a prévu ni l'inscription de l'hypothèque légale du légataire lorsque le legs résulte d'un testament olographe, ni l'inscription des privilèges du vendeur et du copartageant lorsque la vente et le partage sont constatés par un acte sous signature privée, ni l'inscription du privilège de la séparation des patrimoines lorsque les créanciers du défunt n'ont qu'un titre sous seing privé ou même n'ont pas de titre, ni enfin

(1) V. cep. en ce sens, Poujol, *Succ.*, sur l'art. 878, n. 17.

(2) Duranton, VII, 492 et XX, 39; Demolombe, *Succ.*, V, 106; de Loynes, *Note* sur Agen, 18 juil. 1894, D., 95. 2. 217; Guillouard, III, 1105, 1322-1323. — V. aussi *supra*, I, 864. — Cpr. Aubry et Rau, § 629, 4e éd. VI, p. 483.

(3) V. Aix, 4 déc. 1893, D., 95. 2. 273, S., 96. 2. 17 (*Note* de M. Tissier).

l'inscription du privilège du constructeur. Dans tous ces cas, il faut suppléer au silence de la loi. Le conservateur pourra exiger la représentation de l'acte sous signatures privées s'il en existe un ou bien la production d'un ordonnance du juge rendue sur requête et autorisant l'inscription.

La difficulté semble presque insurmontable quand il s'agit d'un créancier qui veut faire inscrire l'hypothèque appartenant à son débiteur, ainsi que l'art. 775 Pr. civ. lui en reconnaît le droit. Il lui sera à peu près impossible, si le débiteur refuse de lui remettre son titre, de se procurer les renseignements nécessaires pour l'inscription et nous ne voyons pas comment il pourra vaincre cette difficulté [1].

1627. Ce n'est là qu'une faculté pour le conservateur des hypothèques. Il doit, en principe, refuser d'opérer l'inscription, si l'inscrivant ne présente pas le titre ou une expédition authentique du titre qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque ; car il est tenu de s'assurer de l'existence apparente des privilèges ou des hypothèques qu'on lui demande d'inscrire. Une instruction de l'administration de l'enregistrement du 13 avril 1865 [2] décide que, en dehors des cas d'inscription d'hypothèque légale ou d'inscription requise par le syndic d'une faillite ou de renouvellement d'une inscription antérieure, « les conservateurs doivent exiger la » représentation des titres en vertu desquels il est pris ins- » cription, et certifier, par une mention spéciale sur le regis- » tre de dépôt, que les titres leur ont été représentés ».

Mais le conservateur n'est pas obligé de refuser de procéder à l'inscription. On admet généralement que l'inscription ne serait pas nulle, s'il l'avait opérée sans exiger la représentation du titre. Aucun texte n'en prononce dans ce cas la nullité, ni expressément, ni virtuellement. Il n'y avait pas de motif pour l'édicter. La représentation du titre intéresse le conservateur parce qu'il doit vérifier l'existence apparente du privilège ou de l'hypothèque : elle n'intéresse pas les tiers, qui sont suffisamment avertis par les mentions insérées

[1] Huc, XIII, 323.
[2] D., 66. 3. 36, S., 66. 2. 35.

aux bordereaux. Nous avons vu que l'inscription prise par le conservateur de son propre mouvement sans aucune réquisition, n'en était pas moins valable [1]. A plus forte raison en est-il de même de l'inscription qui a été faite sur réquisition, quoique l'acte constitutif n'ait pas été représenté [2].

1628. En matière d'hypothèque maritime, l'art. 8 de la loi du 10 juillet 1885, reproduisant l'art. 8 de la loi du 10 déc. 1874, décide que « pour opérer l'inscription, il est présenté » au bureau du receveur des douanes un des originaux du » titre constitutif d'hypothèque, lequel y reste déposé s'il est » sous seing privé ou reçu en brevet, ou une expédition s'il » en existe minute ».

1629. Le créancier ou celui qui requiert l'inscription doit joindre à l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque deux bordereaux qui, en vertu du code (art. 2148, al. 2) devaient être « *écrits sur papier timbré, dont l'un peut* » *être porté sur l'expédition du titre* ». La loi du 27 juil. 1900 (art. 1er) les a affranchis du timbre.

Ces bordereaux sont rédigés par celui au nom duquel l'inscription est requise ou par son mandataire ou représentant. La loi n'a pas voulu aggraver la responsabilité des conservateurs en leur imposant l'obligation d'extraire des titres, les mentions nécessaires à la publicité des privilèges et des hypothèques [3].

1629 I. On décidait que la règle du code s'appliquait même dans le cas où l'inscription était requise en vertu d'expéditions délivrées par les greffiers des justices de paix en matière civile, ou par les secrétaires des conseils de prud'hommes, et dispensées du timbre en vertu de l'art. 12 de la loi

(1) *Supra*, II, 1621.

(2) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 6; Persil, II, sur l'art. 2148, IV; Troplong, III, 677; Martou, III, 1105; Pont, II, 940; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 215, § 814, note 2; Aubry et Rau, § 275, texte et note 4, III, 4e éd. p. 342, 5e éd. p. 563; Laurent, XXXI, 32; Guillouard, III, 1106; Lepinois, IV, 1619; Huc, XIII, 323. — Riom, 6 mai 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1164-1°, S., 18. 2. 39. — Civ. cass., 18 juin 1823, *J. G.*, eod. v°, 1452-2°, S., 23. 1. 337. — Req., 19 juin 1833, *J. G., loc. cit.*, S., 33. 1. 461. — Cpr. cep. de France de Tersant, p. 26, note 2.

(3) Pont, II, 946; Martou, III, 1060; Laurent, XXXI, 33; Guillouard, III, 1107.

du 26 janvier 1892. En conséquence, si l'on n'avait pas recours à deux bordereaux écrits sur papier timbré, il fallait que l'expédition fût revêtue du timbre mobile représentant le prix du papier timbré qui aurait dû être employé à la confection du bordereau (1). Il en est autrement depuis la loi du 27 juillet 1900.

1629 II. Lorsqu'une hypothèque a été constituée par un seul et même acte sur les mêmes immeubles au profit de plusieurs créanciers différents, ceux-ci peuvent requérir inscription au moyen d'un bordereau collectif rédigé en double exemplaire. Cette solution, indiscutable quand il s'agit d'une créance solidaire ou indivisible, soulève au contraire des difficultés lorsque l'hypothèque garantit plusieurs créances distinctes appartenant à des créanciers différents. Elle doit cependant être accueillie dans tous les cas. L'opinion contraire aurait le grave inconvénient d'accroître les frais ; elle causerait ainsi un préjudice inutile au débiteur (2). Elle serait en outre en opposition avec la volonté des rédacteurs du code. L'art. 2148 décide en effet que l'un des bordereaux peut être porté sur l'expédition du titre. Le législateur cherche donc à diminuer les frais de l'inscription, et il admet implicitement que le bordereau peut être collectif, si le titre lui-même est complexe. L'art. 21 de la loi du 21 ventôse an VII, relative à l'organisation des conservations des hypothèques, dispose dans le même esprit qu'il « ne sera payé qu'un seul droit d'inscription *pour* » *chaque créance, quel que soit d'ailleurs le nombre des créan-* » *ciers requérants et celui des débiteurs grevés* ». Le n° 2 du tableau annexé au décret du 21 septembre 1810 est encore plus explicite quand il alloue au conservateur un salaire d'un franc « pour l'inscription *de chaque droit* d'hypothèque ou » privilège, quel que soit le nombre des créanciers, si la forma- » lité est requise *par le même bordereau* ». Ce texte autorise formellement la réunion de plusieurs créances et de plusieurs hypothèques dans un seul et même bordereau. C'est du reste le meilleur moyen de sauvegarder les droits des intéressés. A

(1) De France de Tersant, 390.
(2) Pont, II, 952.

moins de stipulation contraire, ils sont tous, dans l'hypothèse ci-dessus, bénéficiaires de la même hypothèque ; ils ont donc, en vertu de l'acte constitutif, le droit d'être colloqués au même rang. Or, s'ils prenaient des inscriptions séparées, l'ordre de collocation serait déterminé entre eux par la date de leurs inscriptions respectives. C'est seulement dans le cas où ils les auraient requises le même jour qu'ils viendraient en concours (art. 2147). Le bordereau collectif atteint plus sûrement le but. Les nécessités de la pratique se joignent donc aux textes de la loi pour justifier notre opinion (1).

Par application de cette théorie, nous avons reconnu que le créancier bénéficiaire d'une hypothèque conventionnelle et d'une subrogation à l'hypothèque légale de la femme consenties par un seul et même acte pouvait requérir par un seul bordereau l'inscription de la double sûreté qui lui appartient (2).

1629 III. La remise des bordereaux, comme la présentation de l'original en brevet ou de l'expédition du titre constitutif, est exigée dans l'intérêt du créancier et du conservateur des hypothèques. Elle n'est pas requise dans l'intérêt des tiers ; il leur suffit de connaître l'existence de l'hypothèque ; les bordereaux ne sont pas un élément essentiel de la publicité ; celle-ci est réalisée au moyen de l'inscription opérée sur le registre, pourvu qu'elle renferme les énonciations requises par la loi. Par conséquent le défaut de bordereaux n'est pas une cause de nullité de l'inscription. Les tiers, dans l'intérêt desquels cette remise n'est pas exigée, ne seraient pas fondés à se prévaloir de son inobservation pour priver le créancier hypothécaire de son droit de préférence (3).

(1) Martou, III, 1062 ; Pont, II, 953 ; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 342, 5e éd. p. 564 ; Thézard, 146 ; Guillouard, III, 1111 ; Lepinois, IV, 1624 ; Huc, XIII, 325 ; Circ. min. 12 janv. 1813 ; Instruct. 10 août 1888, D., 88. 5. 123. — Dijon, 5 mai 1840, S., 40. 2. 453. — Civ. rej., 17 déc. 1845, D., 46. 1. 42, S., 46. 1. 185. — *Contra* Baudot, *Formal. hyp.*, I, p. 356 ; Mourlon, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 96 ; Laurent, XXXI, 36 ; Circ. minist. 7 prairial an VII ; Décis. minist. des finances 6 déc. 1822.

(2) *Supra*, II, 1093.

(3) Delvincourt, III, p. 334 ; Troplong, III, 678 ; Martou, III, 1106 ; Pont, II, 949 ; Aubry et Rau, § 275, texte et note 6, III, 4e éd. p. 342, 5e éd. p. 564 ; Laurent, XXXI, 37 ; Guillouard, III, 1112 ; Lepinois, IV, 1623 ; Huc, XIII, 324. — Civ. rej., 13 juil. 1841, *J. G*, v° *Priv. et hyp.*, 1456. — V. cep. Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscrip. hyp.*, § 5, n. 7 ; Jalouzet, *Etude sur l'inscrip. hyp.*, 25.

1630. Nous verrons tout à l'heure ce que les bordereaux contiennent. Bornons-nous à dire pour le moment que les deux bordereaux sont identiques ; c'est une seule et même pièce en double exemplaire.

La loi n'exige pas que les bordereaux soient signés [1]. Sans doute il y avait des motifs sérieux pour imposer cette formalité. Nous verrons que l'un des bordereaux est remis au créancier avec l'attestation de l'inscription opérée par le conservateur, et que le second reste entre les mains de ce fonctionnaire. Par ce moyen, la loi en assure la représentation pour résoudre les questions de responsabilité qui naîtraient de l'annulation de l'inscription. La signature assurerait l'identité de la pièce représentée. Mais quelqu'intérêt qu'elle présente, nous ne pouvons pas l'imposer dans le silence de la loi (Av. cons. d'Etat, 16 octobre 1821) [2]. Les projets de réforme hypothécaire discutés en 1851 imposaient cette obligation.

Nous verrons qu'il en est autrement en matière d'hypothèque maritime [3].

1631. Les bordereaux sont remis au conservateur des hypothèques. Régulièrement le conservateur devrait faire l'inscription aussitôt qu'il en est requis [4]. Mais comme il est matériellement impossible de procéder avec une semblable rapidité et comme le créancier a le plus grand intérêt à ce que son hypothèque prenne rang et date au jour de l'inscription, la loi impose au conservateur l'obligation de faire immédiatement mention de la remise sur son registre d'ordre conformément à l'art. 2200. Il opère ensuite l'inscription à la date de la remise des pièces et dans l'ordre où elles lui ont été remises.

1631 I. Comment cette inscription doit-elle être faite? L'art. 2150 répond : « *Le conservateur fait mention, sur son registre,*

(1) Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1734.

(2) Pont, II, 947; Laurent, XXXI, 35; André, 769; de France de Tersant, 70; Guillouard, III, 1110; Aubry et Rau, § 275, note 4 *bis*, III, 5e éd. p. 563-564. — *Contra* Baudot, *Formal. hyp.*, 321 ; Martou, III, 1062 *bis ;* Lepinois, IV, 1622.

(3) *Infra*, II, 1674.

(4) L. prussienne, 5 mai 1872 *sur les livres fonciers*, art. 41, 46, *Ann. de lég. étr.*, II, p. 245. — Allemagne, L. 27 mars 1897, *sur les livres fonciers*, art. 18, *Ann. de législ. étr.*, XXVII, p. 133. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3141.

» *du contenu aux bordereaux et remet au requérant, tant le titre* » *ou l'expédition du titre, que l'un des bordereaux, au pied* » *duquel il certifie avoir fait l'inscription* » (1).

Ainsi le conservateur reproduit, sur le registre des inscriptions, les énonciations contenues dans les bordereaux : ordinairement même il se borne à transcrire, c'est-à-dire à copier purement et simplement les bordereaux sur ledit registre, et l'inscription est opérée.

L'instruction de l'administration de l'enregistrement du 13 avril 1865, que nous avons déjà citée (2), leur ordonne d'employer ce dernier moyen et de *copier en entier* les bordereaux qui leur sont présentés. A ce sujet, les rédacteurs du *Contrôleur de l'enregistrement* font justement observer (3) que « cette » disposition est en opposition avec l'art. 2150 ». Le code n'a prescrit qu'une simple mention et non une copie en entier. Une instruction n'a pas pu déroger à la loi. La prescription contenue dans l'instruction du 13 avril 1865 aura pour résultat d'accroître les frais des états d'inscriptions qui seront demandés et qui seront nécessairement plus longs.

La responsabilité du conservateur est à couvert, du moment qu'il a reproduit fidèlement sur son registre le contenu des bordereaux, surtout s'il les a littéralement transcrits (4). Il joue un rôle purement passif (5). Il n'a pas à rechercher si les énonciations des bordereaux sont ou non suffisantes pour satisfaire aux exigences de la loi. Il n'exerce aucun contrôle.

(1) Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 83. — Italie, *C. civ.*, art. 1988. — Monaco, *C. civ.*, art. 1989. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1735. — Valais, *C. civ.*, art. 1908. — Zurich, *C. civ.*, art. 345-351. — Soleure, *C. civ.*, art. 844 s. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1232. — Suède, L. 16 juin 1875, art. 17, *Ann. de législ. étr.*, V, p. 819. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 22 et 70. — Bas-Canada, *C. civ.*, art. 3145. — Haïti, *C. civ.*, art. 1917. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3145.

(2) D., 66. 3. 36, S., 66. 2. 35. — V. *supra*, II, 1627.

(3) Art. 12903. — Cpr. Huc, XIII, 324.

(4) Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 345, 5e éd. p. 565; Colmet de Santerre, IX, 123 *bis*-II.

(5) Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 343, 5e éd. p. 565; Guillouard, III, 1113; Huc, XIII, 324. — Le conservateur n'est tenu ni de rectifier les erreurs commises, Civ. cass., 26 avril 1882, D., 82. 1. 331, S., 82. 1. 351. — Civ. cass. Belg., 17 juin 1886, D., 89. 2. 173. — ni même de les signaler au requérant, Paris, 26 janv. 1872, D., 72. 2. 121, S., 72. 2. 19 et sur pourvoi, Req., 25 nov. 1872, D., 73. 1. 134, S., 73. 1. 65. — V. de France de Tersant, 72.

Il n'est pas juge de la régularité, même extérieure ou apparente, des inscriptions.

Pour qu'il soit en mesure de justifier, le cas échéant, de l'exact accomplissement de sa mission, la loi l'autorise à garder par devers lui l'un des bordereaux, qui peut paraître superflu, puisqu'il a son registre sur lequel le contenu du bordereau, dans l'usage, est littéralement reproduit. Quant à l'autre, il doit le remettre à l'inscrivant après avoir certifié au pied dudit bordereau que l'inscription a été opérée. Ce certificat servira d'arme à l'inscrivant pour exercer une action récursoire contre le conservateur des hypothèques qui aurait négligé d'opérer l'inscription et qui soutiendrait n'en avoir jamais été requis (1).

Le conservateur doit remettre en outre à l'inscrivant le titre ou l'expédition du titre qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque.

1632. Nous n'hésitons pas à appliquer les mêmes règles aux bordereaux collectifs qui pourraient être présentés, comme nous l'avons vu. Le rôle du conservateur reste alors purement passif; il n'a pas le droit de décomposer le bordereau et de prendre des inscriptions particulières à raison de chacune des hypothèques garantissant la même créance et résultant du même titre (2). Ainsi lorsque le créancier requiert par un bordereau unique l'inscription : 1° de l'hypothèque conventionnelle établie à son profit pour sûreté de sa créance; 2° de l'hypothèque légale de la femme à laquelle il a été subrogé par le même acte, le conservateur ne prendra pas deux inscriptions distinctes; il se bornera à reproduire exactement ou littéralement les énonciations portées dans le bordereau (3). Il en est ainsi, lorsque le créancier a pris soin de déterminer lui-même et de limiter la portée de sa réquisition, lorsque par exemple il a requis le conservateur d'avoir à faire l'inscrip-

(1) Aubry et Rau, § 274, note 7 *bis*, III, 5e éd. p. 563; Colmet de Santerre, IX, 123 *bis*-II; Thézard, 139; Guillouard, III, 1108-1109; Huc, XIII, 324; Planiol, II, 2950.

(2) De France de Tersant, 75; Huc, XIII, 325.

(3) Dijon, 13 juill. 1858, D., 60. 5. 196, S., 59. 2. 366. — Req., 9 déc. 1872, D., 73. 1. 339, S., 73. 1. 146.

tion sous un numéro unique [1]. Il en est de même, lorsque le créancier n'a pas expressément manifesté sa volonté à cet égard. La forme même du bordereau suffit pour indiquer au conservateur qu'il ne doit pas diviser les énonciations qui y sont contenues. Il n'a qu'à reproduire le bordereau soit dans son intégralité, soit dans sa substance. En prenant un rôle actif, il sort de ses attributions, il s'expose à commettre des erreurs de nature à engager sa responsabilité. La prudence lui conseille de se renfermer dans les termes de la loi [2].

1632 I. Nous serions même portés à aller plus loin, et nous inclinons à penser que le conservateur ne serait pas tenu de se conformer à la réquisition par laquelle le créancier, en présentant un seul bordereau, en demanderait la division pour former deux inscriptions distinctes. Nous appliquerions dans cette hypothèse le même principe : le rôle du conservateur est purement passif. Si le créancier a en réalité réuni dans un seul bordereau deux bordereaux distincts pour les deux hypothèques dont il requiert l'inscription, s'il a lui-même isolé les énonciations relatives à chacune d'elles et si ces énonciations sont complètes, le conservateur pourra prendre deux inscriptions distinctes. Mais c'est une faculté. Si au contraire pour compléter l'une des inscriptions le conservateur est obligé d'emprunter les énonciations faites pour l'autre, il ne sera pas tenu de se conformer à la réquisition; le requérant ne peut pas lui imposer un rôle actif, le conservateur remplira sa mission en reproduisant le bordereau tout entier ou en l'analysant sous un seul numéro [3].

1633. « *Les frais des inscriptions sont à la charge du débi-* » *teur, s'il n'y a stipulation contraire; l'avance en est faite* » *par l'inscrivant, si ce n'est quant aux hypothèques légales,* » *pour l'inscription desquelles le conservateur a son recours* » *contre le débiteur. Les frais de la transcription, qui peut* » *être requise par le vendeur, sont à la charge de l'acqué-* » *reur* » (art. **2155**) [4].

[1] Pont, II, 1009. — Orléans, 20 fév. 1857, D., 57. 2. 135, S., 57. 2. 200.
[2] Pont, II, 1010.
[3] Pont, II, 1011, et *Rev. crit.*, 1857, XI, p. 20 et 21.
[4] Belgique, L. 16 décembre 1851, art. 91. — Italie, *C. civ.*, art. 2000. — Mo-

La loi met les frais des inscriptions à la charge du débiteur, parce que ces frais sont faits dans son intérêt, en ce sens que les inscriptions procurent au créancier la sûreté sans laquelle il n'aurait pas consenti à traiter avec le débiteur, et sont ainsi la source du crédit qui est accordé à ce dernier.

1634. La règle que les frais des inscriptions sont à la charge du débiteur n'est pas sans exception. La loi en indique une par ces mots : *s'il n'y a stipulation contraire,* et elle en laisse deviner une autre relativement à l'hypothèque légale qui grève les biens du tuteur au profit du mineur. En effet l'art. 471 permet au tuteur de porter en compte toutes les dépenses qu'il a faites dans l'intérêt du mineur et dont l'objet a été utile ; on ne doit pas hésiter à comprendre parmi ces dépenses les frais d'inscription de l'hypothèque légale. Il n'est pas admissible que ces frais, faits dans l'intérêt exclusif du mineur, puissent être laissés au compte du tuteur sous prétexte qu'il est le débiteur. C'est assez que la charge de la tutelle soit imposée gratuitement au tuteur, sans qu'elle puisse être pour lui la source d'un préjudice pécuniaire.

Il est vrai que le code n'a pas reproduit la disposition de l'art. 24 de la loi du 11 brumaire an VII sur ce point. Mais nous n'en conclurons pas que ces frais demeurent à la charge du tuteur, parce qu'il est le débiteur. L'art. 471 et les considérations précédentes nous déterminent à adopter la solution contraire et à mettre ces frais à la charge du pupille [1].

1635. Faut-il admettre une solution analogue en ce qui concerne l'hypothèque légale dont sont grevés les maris et les comptables ? Nous ne le pensons pas. Outre que nous n'avons pas ici de texte, analogue à l'art. 471, à opposer à la généralité de l'art. 2155, le mari et le comptable sont, au

naco, *C. civ.*, art. 1994 — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1738. — Tessin, *C. civ.*, art. 878. — Valais, *C. civ.*, art. 1913. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1237. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 11 8° et 76. — Haïti, *C. civ.*, art. 1922. — République-Argentine, *C. civ.*, art. 3138.

[1] Persil, II, sur l'art. 2155, IV ; Taulier, VII, p. 355 ; Martou, III, 1175 ; Aubry et Rau, § 275, note 9, III, 4e éd. p. 343, 5e éd. p. 565 ; Colmet de Santerre, IX, 135 *bis*-II ; Laurent, XXXI, 39 ; André, 770 ; Thiry, IV, 541 ; Guillouard, III, 1118 ; Lepinois, IV, 1626 ; Huc, XIII, 370 ; Planiol, II, 2973. — *Contra* Troplong, III, 730 *bis* ; Pont, II, 1065.

point de vue de l'hypothèque légale, dans une situation bien différente de celle du tuteur. Le mariage et les fonctions de comptable ne sont jamais imposés par la loi, et il n'est pas injuste que ceux qui y aspirent, et qui ne sont peut-être agréés qu'en considération des garanties que présente leur fortune immobilière avec l'hypothèque légale dont elle est grevée, supportent les frais des inscriptions de cette hypothèque, de même qu'un emprunteur supporte les frais de l'inscription de l'hypothèque qu'il a été obligé de consentir pour sûreté du prêt (1).

Peut-être cependant devrait-on les faire supporter par la femme, si elle n'avait aucune créance contre son mari. La dépense aurait alors été faite pour conserver un droit qui n'existe pas et il semblerait juste de la laisser à la charge de la femme.

1636. Mais l'avance des frais doit être faite par l'inscrivant, sauf son recours contre le débiteur. La raison en est simple : c'est l'inscrivant qui requiert le ministère du conservateur, et il est juste qu'il paye les frais auxquels cette réquisition donne lieu. Cette règle souffre cependant exception relativement aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Lorsque l'inscription en est requise par un autre que le mari ou le tuteur, le conservateur ne peut pas exiger que l'inscrivant fasse l'avance des frais; la loi a craint que l'obligation de faire cette avance n'arrêtât les personnes qu'elle invite, sans les y obliger, à faire inscrire les hypothèques légales dont il s'agit. Le conservateur sera donc tenu dans cette hypothèse de demander le paiement des frais à celui qui doit les supporter en définitive (2).

Lorsque l'inscription d'une hypothèque légale est requise par le ministère public, l'avance des frais est faite par l'administration de l'enregistrement (Décret du 18 juin 1811, art. 124 et suiv.).

Le créancier qui a fait l'avance des frais de l'inscription

(1) Martou, III, 1174; Colmet de Santerre, IX, 135 *bis*-I; Laurent, XXXI, 40; Lepinois, IV, 1627; Planiol, II, 2973.

(2) Aubry et Rau, § 275, III, 4e éd. p. 343, 5e éd. p. 565; Colmet de Santerre, IX, 135 *bis*-II et III; Guillouard, III, 1116-1117; Huc, XIII, 370; Planiol, II, 2974.

a un recours contre le débiteur qui doit les supporter. Ce recours est garanti, comme l'action en remboursement des frais d'acte acquittés par le créancier, par l'hypothèque qui est la sûreté de la créance principale. Ils en sont l'accessoire. Mais pour obtenir une collocation de ce chef au même rang que pour le capital de la créance, il ne suffirait pas de les avoir mentionnés dans l'inscription ; il faudrait sinon en avoir indiqué le chiffre exact que le créancier peut ignorer, du moins les y avoir évalués [1].

1636 I. Ces frais comprenaient : 1° les droits de timbre frappant les divers registres tenus par les conservateurs des hypothèques, les bordereaux d'inscription, les récépissés de dépôt, les pièces produites pour obtenir l'accomplissement des formalités ; 2° les droits d'inscription fixés à 1 p. 1.000 plus les décimes.

Dans le but de proportionner les charges fiscales à l'importance des intérêts à sauvegarder, le législateur a, par la loi du 27 juillet 1900, supprimé les droits de timbre dont nous venons de parler et substitué au droit d'inscription, qui s'élevait, décimes compris, à 1 fr. 25 p. 1.000, un nouveau droit qui est de 0 fr. 25 p. 100 sans décimes.

1637. L'art. 2155 se termine par une disposition qui met à la charge de l'acquéreur les frais de la transcription requise par le vendeur. Le rapprochement ainsi fait par la loi entre la transcription et l'inscription s'explique sans peine sous l'empire du code. La transcription est un moyen mis par la loi à la disposition du vendeur pour assurer la conservation de son privilège ; elle vaut inscription (art. 2108). Il est naturel que les frais de la transcription soient, comme les frais de l'inscription, supportés par l'acheteur qui est débiteur du prix.

On peut ajouter aujourd'hui que les frais de la transcription sont des frais de vente puisqu'elle a pour but de rendre le contrat et la transmission de propriété, qui en est la conséquence, opposables aux tiers. Il est donc juste qu'ils soient supportés par l'acheteur (art. 1593).

[1] Civ. cass., 14 août 1883, D., 84. 1. 64, S., 84. 1. 24. — V. *infra*, II, 1660.

1638. L'art. 2148 indique dans cinq numéros distincts, que nous allons successivement étudier, les énonciations que doivent contenir les bordereaux [1].

Les bordereaux contiennent :

« 1° *Les nom, prénom, domicile du créancier, sa profession* » *s'il en a une et l'élection d'un domicile pour lui dans un lieu* » *quelconque de l'arrondissement du bureau* » (art. 2148-1°).

A cette prescription se rapporte une circulaire du ministre de la justice du 12 mai 1882 [2] qui recommande aux notaires d'énoncer avec la plus grande exactitude les nom, prénoms, etc., du créancier, de manière à prévenir toute confusion. Nous croyons inutile d'en reproduire ici le texte.

Ces premières énonciations sont requises dans l'intérêt du créancier. La loi veut que la purge ne puisse pas éteindre son hypothèque, sans qu'il ait reçu les notifications prescrites par l'art. 2183. Cette désignation est aussi ordonnée dans l'intérêt des tiers. Il faut qu'il sachent à qui ils doivent s'adresser, quand ils demandent la radiation d'une inscription ou la réduction de l'évaluation d'une créance indéterminée (art. 2159 et 2161).

L'article veut donc que le bordereau et l'inscription renferment les indications les plus précises; de cette manière, on pourra connaître avec certitude l'individualité du créancier.

1639. La loi exige d'abord qu'on énonce dans les bordereaux les nom et prénoms du créancier.

Si l'hypothèque ou le privilège appartient à une société qui constitue une personne morale, il suffira d'indiquer la raison sociale, sans qu'il soit nécessaire d'indiquer en outre les noms de tous les associés [3].

Remarquons d'ailleurs que le créancier dont parle la loi, c'est celui au profit duquel l'hypothèque a été constituée, ou, d'une manière plus exacte, celui au nom duquel l'inscription

[1] V. pour les inscriptions en renouvellement *infra*, III, 1767.

[2] D., 83. 5. 292.

[3] Pont, II, 963 ; Laurent, XXXI, 47 ; André, 781 ; Aubry et Rau, § 276, note 1, III, 5e éd. p. 566 ; Lepinois, IV. 1632 ; Huc, XIII, 325. — Paris, 15 avril 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1484, S., 10. 2. 67. — Req., 1er mars 1810, *J. G.*, eod. v°, 1485. — Cpr. Paris, 15 mai 1878 (sous Civ. cass., 29 juin 1881), D., 82. 1. 106, S., 83. 1. 218.

peut et doit être requise. Il nous suffira donc de renvoyer à nos explications antérieures [1]. Rappelons qu'en cas de décès du créancier, l'inscription peut être prise au nom du défunt au moins pendant la durée de l'indivision, peut-être même après le partage ; qu'en cas de cession, elle peut être requise au nom du cédant, même après que la cession est devenue opposable aux tiers. Si la créance est à ordre ou au porteur, l'inscription fera connaître le nom du premier titulaire [2]. S'il s'agit d'une hypothèque constituée à la garantie d'obligations au porteur à émettre ultérieurement, l'inscription ne pourra pas désigner le nom des créanciers ; il suffira qu'elle fasse suffisamment connaître les créances à la possession desquelles est attachée l'hypothèque, et indique le numéro des titres dont elle est la garantie [3]. Cette dernière hypothèse n'est certainement pas entrée dans la prévision des rédacteurs du code. Mais la solution que nous adoptons est raisonnable, elle satisfait dans la mesure du possible aux prescriptions de l'art. 2148. Pour ces motifs, elle doit être accueillie [4].

1640. La loi exige en second lieu l'indication du domicile *réel* du créancier, et en outre d'un domicile *élu* pour lui dans l'arrondissement du bureau. Les tiers en effet peuvent avoir intérêt à connaître l'un et l'autre domicile : — *le domicile réel*, par exemple si un créancier hypothécaire veut user de la faculté, que lui confère l'art. 1251-1°, de payer les créanciers qui le précèdent dans l'ordre des inscriptions, pour être subrogé dans leurs droits ; car c'est au domicile réel de ces divers créanciers que doivent être faites, s'il y a lieu, les offres réelles à fin de paiement [5] ; de même les jugements ordonnant une radiation ou une main-levée, « ne sont exécu-

[1] *Supra*, II, 1610 s.

[2] Si elle était requise *au nom et au profit du porteur* elle serait frappée de nullité, Guillouard, III, 1154. — Poitiers, 15 déc. 1829, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1487, S., 30. 2. 92. — V. Houpin, *Journ. du not.*, 1895, p. 225. — Aix, 8 fév. 1878, S., 79. 2. 313.

[3] Civ. cass., 20 oct. 1897, D., 02. 1. 49, S., 97. 1. 489.

[4] Allemagne, *C. civ.*, art. 1187-1189.

[5] Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. note 1, p. 344, 5e éd. note 1 *ter*, p. 566 ; Colmet de Santerre, IX, 125 *bis*-I ; Guillouard, III, 1156 ; Lepinois, IV, 1639 ; Huc, XIII, 325. — Civ. rej., 5 déc. 1854, D., 55. 1. 72, S., 55. 1. 282.

» toires par les tiers ou contre eux, même après les délais » d'opposition et d'appel, que sur le certificat de l'avoué de » la partie poursuivante, contenant la date de la signification » du jugement faite au *domicile* de la partie condamnée » (art. 548 Pr. civ.); — *le domicile élu,* par exemple lorsqu'il s'agit d'intenter les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers, ou de faire les différentes notifications prescrites par l'art. 2183 al. 1 pour opérer la purge, ou de signifier soit la sommation par laquelle le poursuivant, en matière de saisie immobilière, met les créanciers inscrits en demeure de prendre communication du cahier des charges (art. 692-1° Pr. civ.), soit la sommation de produire à l'ordre (art. 753 Pr. civ.) (1). L'élection de domicile publiée par l'inscription met les tiers à l'abri d'un changement de domicile qu'ils ignoreraient.

L'élection de domicile est nécessaire, alors même que le créancier aurait son domicile réel dans l'arrondissement du bureau, *lex non distinguit* (2); sauf au créancier à faire en ce cas élection de domicile dans le lieu même où il a son domicile réel. Mais il paraît difficile d'admettre, avec un arrêt de rejet de la cour de cassation rendu toutes chambres réunies le 14 janvier 1863 (3), que le créancier, en l'absence de toute indication sur ce point dans les bordereaux, doive être présumé de plein droit avoir fait élection de domicile au lieu de son domicile réel. Il n'y a pas de présomption légale sans loi qui l'établisse.

L'élection de domicile est surtout indispensable lorsqu'il est impossible de désigner nominativement le créancier, dans le cas spécialement où l'hypothèque garantit des obligations au porteur à émettre.

Quelquefois l'élection de domicile est faite dans le bureau de la conservation des hypothèques où l'inscription est prise.

(1) Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. note 1, p. 344, 5e éd. note 1 *ter,* p. 566; Thézard, 143-1°; Colmet de Santerre, IX, 125 *bis*-I; Guillouard, III, 1155; Huc, XIII, 326; Planiol, II, 2953.

(2) Persil, II, sur l'art. 2148, IX; Pont, II, 966; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 344, 5e éd. p. 567; Colmet de Santerre, IX, 125 *bis*-II; Laurent, XXXI, 48; Guillouard, III, 1155; Huc, XIII, 326.

(3) D., 63. 1. 101, S., 63. 1. 73.

La reproduction du bordereau sur le registre n'implique pas de la part du conservateur acceptation du mandat. Il n'est donc tenu ni de transmettre aux intéressés les significations qui lui sont faites, ni même de leur en donner avis (1).

Le notaire ou l'avoué, qui accepte expressément ou tacitement l'élection de domicile faite dans son étude, est responsable des fautes par lui commises dans l'exécution de ce mandat (2).

1640 I. L'art. 2148 exige que l'élection de domicile soit faite dans un lieu quelconque de *l'arrondissement du bureau*. Le tribunal de la Seine décide qu'il faut entendre par là l'arrondissement judiciaire dans lequel est situé le bureau des hypothèques. Si donc une conservation hypothécaire a été administrativement divisée en plusieurs bureaux, il n'est pas nécessaire que l'élection de domicile soit faite alors dans la circonscription du bureau ; il suffit qu'elle soit faite dans un lieu quelconque de l'arrondissement judiciaire (3).

1641. Œuvre de la volonté unilatérale du créancier, cette élection de domicile peut être changée. Aux termes de l'art. 2152 : « *Il est loisible à celui qui a une inscription, ainsi qu'à* » *ses représentants, ou cessionnaires par acte authentique de* » *changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui* » *élu, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le* » *même arrondissement* » (4).

Le changement du domicile élu est constaté dans la forme indiquée par une décision ministérielle du 28 pluviôse an IX ; il en est fait mention sur le registre par une annotation mise en marge de l'inscription (5). Si la place manque on a recours à une déclaration inscrite sur le registre à la date courante, sauf indication, en marge de l'inscription, du volume et du

(1) Rennes, 25 fév. 1892, D., 92. 2. 517.

(2) Huc, XIII, 326. — Req., 2 mars 1891, D., 92. 1. 31, S., 95. 1. 493.

(3) Trib. civ. Seine, 10 avril 1883, *Gaz. des Trib.*, 11 juill. 1883. — Trib. civ. Seine, 28 fév. 1899, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1899, 2e sem. 2. 93. — V. Camille Pinta, *Remaniement des circonscript. hyp.*, in *Gaz. des Trib.*, 10-11 fév. 1901.

(4) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 88. — Italie, *C. civ.*, art. 1995. — Monaco, *C. civ.*, art. 1991. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1740. — Valais, *C. civ.*, art. 1911. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1234. — Haïti, *C. civ.*, art. 1919.

(5) Aubry et Rau, § 276, note 3 *bis*, III, 5e éd. p. 567 ; Thézard, 143.

numéro où est portée la déclaration et il en est délivré copie en même temps que de l'inscription. La mention est signée par le requérant, à moins qu'il ne sache ou ne puisse signer. Dans cette circonstance, la mention est remplacée par un acte notarié qui est transcrit sur le registre et demeure entre les mains du conservateur, pour sa justification s'il y a lieu.

1641 I. Le changement du domicile élu peut être fait par le créancier, ses représentants universels, ou à titre universel, ou ses cessionnaires. Dans ce dernier cas, la loi exige que la cession soit constatée par un acte authentique. Elle se défie des actes sous seing privé, qui peuvent être l'œuvre de la fraude, être simulés ou faux. Cependant même dans cette dernière hypothèse un changement du domicile élu ne serait pas impossible, mais il ne pourrait s'opérer qu'avec le concours du créancier cédant (1).

1641 II. Nous ne parlons que du changement du domicile élu. La loi n'en admet pas et n'en pouvait pas admettre la révocation pure et simple. L'élection de domicile est un des éléments de l'inscription. Le conservateur peut refuser de mentionner une révocation pure et simple (2).

Il peut cependant arriver que le créancier se contente de révoquer l'élection de domicile sans en indiquer un nouveau dans le même arrondissement. Quelle en sera la conséquence? La question ne présente pas d'intérêt sérieux pour ceux qui ne voient pas dans l'élection de domicile une des formalités subtantielles de l'inscription. Il en est autrement pour ceux qui admettent que l'inobservation de cette prescription entraîne la nullité de l'inscription (3). On a proposé de décider que cette révocation devait faire considérer l'inscription comme incomplète dès l'origine (4). Cette solution nous paraît bien rigoureuse et elle nous semble contraire au texte de l'art. 2152. La loi, en effet, n'autorise pas la révocation pure et simple de l'élection de domicile ; elle en

(1) Aubry et Rau, § 276, note 3, III, 4e éd. p. 344, 5e éd. p. 567; Guillouard, III, 1157; Huc, XIII, 348.

(2) Laurent, XXXI, 52; Lepinois, IV, 1635. — *Contra* Martou, III, 1132.

(3) V. sur cette question, *infra*, II, 1694-1695.

(4) Cpr. Pont, II, 967.

permet le changement. Elle subordonne même l'usage de cette faculté à cette condition que le créancier en choisira et indiquera un autre dans le même arrondissement. Ne faut-il pas en conclure qu'en l'absence de cette condition l'acte est inopérant, que le changement de domicile est frappé d'inefficacité, et qu'à défaut de modification régulière l'ancienne élection de domicile continue de produire ses effets? C'est l'opinion vers laquelle nous inclinerions (1).

1642. « 2° *Les nom, prénom, domicile du débiteur, sa profession s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale, telle, que le conservateur puisse reconnaître et distinguer dans tous les cas l'individu grevé d'hypothèque* » (art. 2148-2°).

A cette matière se réfère encore la circulaire du ministre de la justice du 12 mai 1882, que nous avons déjà citée. Elle recommande aux notaires d'apporter la plus grande précision dans toutes les indications relatives à la personne du débiteur (2).

Ordinairement ce sont les biens du débiteur qui sont grevés de l'hypothèque, et on s'explique ainsi que la loi, statuant *de eo quod plerumque fit*, ait pu parler indifféremment du *débiteur* ou de l'*individu grevé d'hypothèque*. Mais, si l'hypothèque a été constituée par un autre que le débiteur, alors l'individu grevé d'hypothèque ne se confond plus avec le débiteur, et il est clair qu'il ne suffirait pas que le bordereau d'inscription indiquât le nom de celui-ci; il devra indiquer en outre le nom du propriétaire de l'immeuble grevé. C'est en effet sur le compte de ce dernier que l'hypothèque figure et non sur celui du débiteur (3).

La loi paraît moins exigeante pour la désignation du débiteur que pour celle du créancier. On se l'explique aisément : le créancier, qui requiert ou qui fait requérir l'inscription, ne peut pas être embarrassé pour fournir toutes les énonciations qui servent à individualiser sa personne, tandis qu'il peut

(1) Huc, XIII, 348.

(2) Cpr. *supra*, II, 1638. — V. le texte de cette circulaire, D., 83. 5. 292. — V. Civ. rej., 16 nov. 1898, D., 04. 1. 427, S., 99. 1. 277.

(3) *Supra*, II, 1622.

ignorer en partie celles qui concernent la personne du débiteur. Voilà pourquoi il suffit que ce dernier soit désigné dans des termes tels que le conservateur ne puisse pas se méprendre sur sa personne. C'est le conservateur qui a besoin d'être éclairé sur ce point; car c'est lui qui délivre les états constatant la situation hypothécaire des propriétaires d'immeubles, et il faut bien qu'il sache au compte de quel propriétaire il doit porter chaque inscription. Quant à la désignation du créancier, elle intéresse moins le conservateur que les tiers qui se font délivrer des états d'inscriptions et qui peuvent avoir des notifications à adresser aux créanciers inscrits.

La loi ne fait pas de la mention des nom, prénoms, domicile du débiteur, etc., des énonciations indispensables. Elle se contente d'une désignation suffisante pour le reconnaître. Elle consacre donc, en notre matière, le système des équipollents que la jurisprudence, nous le dirons (1), a généralisé. Nous avons déjà vu sur qui l'inscription devait ou pouvait être requise (2). Rappelons seulement ici la disposition de l'art. 2149, aux termes duquel les inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée peuvent être faites sous la simple désignation du défunt (3).

1643. « 3° *La date et la nature du titre* » (art. 2148-3°).

Les mêmes mentions sont exigées dans les mêmes termes en matière d'hypothèque maritime par le n. 2 de l'art. 8 de la loi du 10 juillet 1885.

Quel est le titre dont la loi exige qu'on mentionne dans l'inscription la date et la nature?

Parlons d'abord des hypothèques; nous nous expliquerons plus loin sur les privilèges.

Il ne s'élèvera évidemment aucune difficulté si un seul et même titre constate à la fois l'existence de la créance et la naissance de l'hypothèque. C'est ce titre dont il faudra faire connaître la date et la nature. Il en sera toujours ainsi en matière d'hypothèque judiciaire, puisqu'elle résulte d'un jugement de condamnation. Il en sera souvent ainsi en matière

(1) *Infra*, II, 1703.
(2) *Supra*, II, 1622 s.
(3) *Supra*, II, 1623.

d'hypothèque conventionnelle. Un prêt, par exemple, sera consenti par l'acte même qui renferme la constitution de l'hypothèque conventionnelle stipulée comme garantie.

1644. Mais il peut en être autrement. Il arrivera quelquefois que l'acte qui constate la créance et l'acte par lequel l'hypothèque est constituée seront deux actes distincts. Nous avons vu que, dans ce cas, le premier peut être sous signature privée, tandis que le second doit nécessairement être notarié en principe (1). Faut-il alors que la date et la nature de ces deux actes soient mentionnées dans l'inscription? Le rapport qui existe entre le 3° de l'art. 2148 et le 1er al. du même article nous porte à penser que le titre dont il est question dans le 3° est l'acte qui donne naissance à l'hypothèque, et dont l'original en brevet ou une expédition authentique doit être représenté au conservateur (2).

Un auteur professe cependant l'opinion contraire (3); il exige qu'on mentionne dans l'inscription la date et la nature non seulement de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque, mais encore de l'acte qui constate la créance. A l'appui de cette opinion, il fait ressortir la différence entre l'art. 2148 et l'art. 17-3° de la loi du 11 brumaire an VII qui parlait seulement de « la date du titre, ou, à défaut de titre, l'époque » à laquelle l'hypothèque avait pris naissance ». Il fait remarquer en outre que ces indications « intéressent singulièrement » les tiers, car la validité de la créance, son extinction par la » prescription, ont par voie de conséquence une influence sur » l'hypothèque ».

Nous croyons que cette opinion exagère les exigences déjà si rigoureuses de l'art. 2148-3°. Il ne faut pas oublier en effet que ces prescriptions sont sanctionnées par la nullité de l'inscription. Il est dès lors logique de déterminer la portée de l'art. 2148 en tenant compte du but poursuivi par le légis-

(1) *Supra*, II, 1408.

(2) Aubry et Rau, § 276, note 4, III, 5e éd. p. 567; Huc, XIII, 330; Planiol, II, 2955. — Agen, 18 juill. 1894, D., 95. 2. 217, S., 95. 2. 177. — Cpr. Bordeaux, 6 mai 1848, D., 50. 2. 11, S., 49. 2. 649.

(3) Colmet de Santerre, IX, 127 *bis*-I. — Cpr. Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 217, § 814, note 6.

lateur. L'inscription a été ordonnée pour avertir les tiers de l'existence de l'hypothèque, pour leur permettre de s'assurer de sa validité au moment de sa naissance. Le législateur semble avoir envisagé cette sûreté en elle-même et non dans ses relations avec la créance, dont elle peut être la garantie. C'est ainsi qu'on doit représenter au conservateur l'original en brevet ou une expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque ; mais le conservateur ne peut pas exiger la représentation de l'acte qui constate la créance. L'existence de l'inscription suffit pour éveiller l'attention des tiers, pour leur permettre de réclamer du débiteur la représentation de l'acte constitutif et au besoin du titre de la créance. Mais l'inscription n'a pas pour but de leur faire connaître ce dernier acte. Elle n'a pas davantage été instituée pour les renseigner sur la prescription de la créance ; car elle devrait alors leur donner le moyen de savoir si la prescription n'a pas été interrompue ou suspendue. Du reste, il faut remarquer que l'inscription n'a pas été établie pour permettre aux tiers de s'assurer de l'extinction de l'hypothèque. Les radiations d'inscriptions ont été instituées à cet effet. Nous concluons que l'inscription a pour but de renseigner les tiers sur l'existence de l'hypothèque et non sur l'existence de la créance garantie, sur l'existence de l'hypothèque au moment où la formalité a été remplie et non sur les événements ultérieurs susceptibles d'avoir une influence sur cette sûreté. Ce sont donc la date et la nature du titre générateur de l'hypothèque qui doivent y être mentionnées.

1644 I. De même, si l'inscription est requise par un cessionnaire, il sera indispensable d'indiquer la date et la nature du titre générateur de l'hypothèque. Il n'est pas nécessaire, quoique la prudence conseille de le faire, de mentionner l'acte de cession dans les bordereaux et dans l'inscription [1].

[1] Martou, III, 1052; Pont, II, 981; Aubry et Rau, § 272, note 4, III, 4e éd. p. 344, 5e éd. p. 568; Guillouard, III, 1161; Huc, XIII, 350. — Req., 4 avril 1810, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2996, S., 10. 2. 218. — Civ. cass., 7 oct. 1812, *J. G.*, eod. v°, 1557, S., 12. 1. 111. — Paris, 3 juill. 1815, S., 16. 2. 1. — Civ. cass., 25 mars 1816, *J. G.*, eod. v°, 1499-4°, S., 16. 1. 233. — Req., 11 août 1819, *J. G.*, eod. v°, 1641-1°, S., 19. 1. 450. — Bourges, 12 fév. 1841, *J. G.*, eod. loc., S., 41. 2. 617. — Paris, 7 août 1877, D., 78. 2. 36. — Req., 9 janv. 1901, D., 03. 1. 508.

Nous avons déjà dit que le cessionnaire avait la faculté de requérir inscription de l'hypothèque soit en son nom, soit au nom du cédant [1]. La solution précédente nous apparaît comme une conséquence de cette règle.

1645. L'accomplissement de cette formalité ne présente aucune difficulté en ce qui concerne la date ; c'est la date du jugement ou de l'acte par lequel l'hypothèque a été constituée qui doit être portée sur le bordereau.

Cette formalité est importante. Car elle permet de vérifier si l'hypothèque n'a pas été constituée soit par une personne frappée d'incapacité, soit pendant la période suspecte qui précède l'ouverture de la faillite ou de la liquidation judiciaire.

1646. En ce qui concerne la nature du titre, la théorie que nous avons exposée en dernier lieu se contente de l'indication que l'inscription est prise en vertu d'un jugement de condamnation ou d'un acte notarié renfermant constitution d'une hypothèque conventionnelle. Elle n'exige pas qu'on fasse connaître la nature de la créance pour sûreté de laquelle l'hypothèque se trouve établie, *v. g.* prêt, cautionnement, ouverture de crédit, constitution de rente, dommages-intérêts, etc. Elle distingue deux choses absolument dissemblables et que le législateur n'a certainement pas confondues dans l'art. **2148** : la cause et la nature du titre qui a déterminé la constitution ou la naissance de l'hypothèque et l'acte constitutif [2]. La publicité a été édictée dans l'intérêt des tiers. Il leur importe de connaître la nature du titre en vertu duquel l'inscription est requise, pour apprécier la valeur de l'hypothèque. Il leur est indifférent de connaître les causes qui expliquent pourquoi l'hypothèque a pris naissance. Pour subordonner la validité de l'inscription à une condition aussi rigoureuse, il faudrait un texte formel et l'art. **2148** n'est pas

[1] *Supra*, II, 1611-1612.

[2] Aubry et Rau, § 276, note 15 *in fine*, III, 4e éd. p. 349; 5e éd. p. 575-576 ; de Loynes, *Note* dans D., 95. 2. 217 ; Huc, XIII, 350. — Req., 11 mars 1816, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1546-4°, S., 16. 1. 407. — Douai, 7 janv. 1819, *J. G.*, eod. v°, 1527-1° et 1546-6°, S., 20. 2. 99. — Toulouse, 23 mai 1820, *J. G.*, eod. v°, 1546-7°, S., 20. 2. 292. — Req., 1er février 1825, *J. G.*, eod. v°, 1526, S., 25. 1. 287. — Req., 26 juill. 1825, *J. G.*, eod. v°, 1521-1°, S., 26. 1. 92. — *Contra* Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscrip. hyp.*, § 5, n. 10 ; Troplong, III, 682 ; Pont, II, 982.

assez explicite pour nous déterminer à imposer une pareille formalité. Un arrêt a même décidé qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer le nom du notaire qui avait reçu l'acte portant règlement du compte et constitution de l'hypothèque conventionnelle [1]. Il justifie cette solution par le silence de l'art. 2148 à cet égard.

1647. Ces prescriptions n'ont plus de raison d'être quand il s'agit d'hypothèques légales. Le titre générateur de l'hypothèque se trouve dans la loi. Aussi le législateur n'exige-t-il pas une semblable mention dans l'inscription. Nous verrons en commentant l'art. 2153 qu'il suffit alors de faire connaître la qualité du créancier et la nature des droits à conserver, qui correspond à la nature du titre de l'art. 2148 [2]. Les tiers auraient cependant eu intérêt à connaître la date de la célébration du mariage, la date de l'ouverture de la tutelle. La loi ne s'en est pas préoccupée. Elle a pensé que l'inscription portée sur le registre, si elle l'a été, serait pour eux un avertissement suffisant et qu'ils pourraient facilement se procurer les autres renseignements nécessaires.

1648. Mais l'art. 2148 ne s'applique pas seulement aux hypothèques ; il embrasse aussi dans sa disposition les privilèges. Or, pour les privilèges, il n'existe pas, comme pour les hypothèques conventionnelles et judiciaires, à proprement parler, de titre qui leur donne naissance. Ils résultent de la loi. Ils sont attachés par le législateur à la qualité de la créance. Comment, dès lors, réaliser la publicité exigée par l'art. 2148 et satisfaire aux prescriptions de ce texte ?

Il semble nécessaire, pour fournir aux tiers les renseignements qui leur sont nécessaires, d'indiquer dans l'inscription la qualité de la créance, c'est-à-dire la cause qui lui a donné naissance, puisque de cette cause dépend l'existence du privilège [3]. Rien ne sera plus facile pour les privilèges du

(1) Lyon, 23 déc. 1881, D., 83. 2. 204. — Dans le même sens sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, Civ. rej., 17 nov. 1812, S., 13. 1. 364. — Cpr. Agen, 16 fév. 1887, D., 87. 2. 220, S., 87. 2. 239.

(2) *Infra*, II, 1679 et 1681.

(3) Aubry et Rau, § 276, note 15 *in fine*, III, 4e éd. p. 349, 5e éd. p. 575-576 ; Pont, II, 982 ; Huc, XIII, 330.

vendeur et du copartageant. Dans ces hypothèses, le privilège prend naissance au même instant que la créance garantie. Le même fait juridique les engendre. Sans doute, le privilège est établi par la loi et ne peut être établi que par la loi, mais le titre qui constate la créance constate en même temps la naissance du privilège. On peut dire avec une certaine apparence de vérité qu'il y a un titre générateur du privilège, et exiger avec l'art. 2148 que la date, et la nature, c'est-à-dire la qualité de ce titre, soient mentionnées dans l'inscription [1].

Mais il existe un autre privilège qui ne naît pas avec les créances qu'il garantit, qui est attaché par la loi à des événements postérieurs. Nous voulons parler du privilège de la séparation des patrimoines accordé ou plutôt offert par la loi aux créanciers dont le débiteur est décédé. Ici, le titre générateur de la créance et le titre générateur du privilège ne peuvent pas se confondre, comme dans les hypothèses précédentes, en un titre unique, en une seule et même convention.

Le privilège ne trouve pas sa raison d'être dans la qualité de la créance. Il a sa cause dans le fait du décès du débiteur et dans la qualité de créancier du défunt. C'est cette cause qu'il nous paraît indispensable de faire connaître par l'inscription; elle est véritablement génératrice du privilège; elle en constitue le titre, dans le sens que l'art. 2148 donne à cette expression en matière de privilège. Il faut donc indiquer dans l'inscription le fait du décès du débiteur, sa date et la qualité de créancier du défunt [2].

1648 I. C'est se conformer à la volonté du législateur que d'exiger l'indication de la nature de la sûreté dont la publicité est requise. Il semble naturel de tirer de là la conséquence que l'inscription doit être annulée lorsqu'elle est requise d'un privilège de vendeur et que l'acte, présenté sous la forme d'une vente de droits successifs, est en réalité équipollent à partage. La cour de cassation [3] a cependant validé

(1) Thiry, IV, 526.

(2) De Loynes, *Note* dans D., 95. 2. 217; Huc, XIII, 330; Aubry et Rau, § 276, note 15 *in fine*, III, 4e éd. p. 349, 5e éd. p. 576; Planiol, II, 2955. — Cpr. Agen, 18 juillet 1894, D., 95. 2. 217, S., 95. 2. 177.

(3) Huc, XIII, 324. — Civ. rej., 26 novembre 1895, D., 96. 1. 316, S., 96. 1. 73. —

l'inscription d'une sûreté ainsi inexactement qualifiée, dans une espèce où l'inscription renfermait toutes les énonciations nécessaires pour renseigner les tiers sur la cause réelle de la créance et les avertir qu'il s'agissait en réalité d'un privilège de co-partageant.

Ajoutons que dans ces circonstances il faut que l'inscription ait été prise dans les soixante jours conformément à l'art. **2109** ; sinon, elle ne conserverait qu'un privilège dégénéré en hypothèque (art. **2113**).

1649. En vertu du même principe, il suffit de relater la date et la nature du titre qui a donné naissance au privilège ou à l'hypothèque ; il n'est pas nécessaire de mentionner les autres titres qui s'y réfèrent : titre nouvel, prorogations de délais, actes interruptifs de prescription, actes de reconnaissance (1), actes de cession (2). Pour le même motif, il n'est pas nécessaire de mentionner dans l'inscription ou en marge de cette inscription la subrogation qui aurait été consentie dans l'effet d'une hypothèque. L'art. 9 de la loi du **23** mars **1855** en dispose autrement pour les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée. Mais sa règle, spéciale à cette hypothèse, ne saurait être étendue au delà de ses termes ; elle est donc étrangère aux subrogations à d'autres hypothèques (3).

1650. Lorsque l'inscription est prise en vertu d'un titre infecté de nullité et rendu inattaquable par une confirmation ultérieure, on se demande s'il suffit de prendre inscription en

V. dans le même sens Paris, 10 mars 1893, S. (sous Req., 14 novembre 1893), 94. 1. 397. — Civ. rej., 26 juin 1895, D., 96. 1. 548.

(1) Pont, II, 981 ; Aubry et Rau, § 276, note 5, III, 5e éd. p. 568 ; Guillouard, III, 1163, 1196. — Req., 30 mai 1843, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1553, S., 43. 1. 476.

(2) Pont, II, 981 ; Aubry et Rau, § 276, texte et note 4, III, 4e éd. p. 344, 5e éd. p. 568 ; André, 797. — Req., 4 avril 1810, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2996, S., 10. 1. 218. — Civ. cass., 7 octobre 1812, *J. G.*, eod. v°, 1557, S., 16. 1. 111. — Paris, 3 juillet 1815, S., 16. 2. 1. — Civ. cass., 25 mars 1816, *J. G.*, eod. v°, 1499-4°, S., 16. 1. 233. — Req., 11 août 1819, *J. G.*, eod. v°, 1641-1°, S., 19. 1. 450. — Req., 30 mai 1843, *J. G.*, eod. v°, 1553, S., 43. 1. 476. — Cpr. Bordeaux, 6 mai 1848, D., 50. 2. 11, S., 49. 2. 649. — V. cep. Grenier, I, 91 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 216, § 814, note 6.

(3) Troplong, *Transcr.*, 344 ; Aubry et Rau, § 276, note 5 *in fine*, 5e éd. p. 568 ; Huc, XIII, 330. — Toulouse, 21 juin 1887, D., 88. 2. 77.

vertu du titre primitif, ou s'il n'est pas nécessaire d'y mentionner l'acte confirmatif. On a proposé de décider que l'inscription devait mentionner l'un et l'autre acte (1). En effet c'est par la réunion des deux actes que l'hypothèque se trouve valablement constituée ; c'est en vertu des mêmes actes que l'inscription doit être requise.

Cette opinion nous laisse bien des doutes. L'acte annulable produit ses effets, tant que la nullité n'en a pas été prononcée par la justice. L'inscription peut donc être requise et elle l'est valablement, si les formalités prescrites par la loi ont été observées. La confirmation a bien pour effet d'anéantir l'action en nullité de l'hypothèque ; mais l'acte confirmatif n'est pas l'acte constitutif. Or l'art. 2148 exige qu'on indique la date et la nature de ce dernier titre ; il n'exige pas qu'on indique également l'acte confirmatif. Ce serait ajouter à la loi qu'imposer une pareille obligation. Nous serions portés à penser qu'elle n'existe pas et que le créancier n'a pas à faire connaître la date et la nature de l'acte confirmatif (2). La cour de cassation a consacré cette doctrine en décidant que le créancier n'était pas tenu de publier l'acte par lequel un mineur devenu majeur avait ratifié la constitution d'hypothèque consentie par le tuteur sans l'observation des formalités légales et entachée en conséquence de nullité en la forme (art. 1311) (3).

1651. Nous avons déjà exposé les motifs qui nous déterminent à penser que l'inscription, prise en vertu d'une constitution d'hypothèque consentie par un *non dominus* ou même par un porte-fort, est destituée de toute efficacité à l'égard des tiers. Nous en avons conclu qu'une nouvelle inscription prise en vertu de l'acte de ratification, ou tout au moins une mention de la ratification en marge de l'inscription prise en vertu de l'acte émané du porte-fort, était indispensable pour vivifier

(1) Grenier, I, 46 ; Martou, III, 1077 ; Pont, II, 981 ; André, 796.

(2) Aubry et Rau, § 271, III, 4e éd. p. 324, 5e éd. p. 539 ; Laurent, XXXI, 61 ; Thézard, 142 ; Guillouard, III, 1102 ; Huc, XIII, 330. — V. *supra*, II, 1335. — Riom, 27 juin 1884, D., 85. 2. 229.

(3) Civ. rej., 25 nov. 1856, D., 56. 1. 385, S., 57. 1. 117. — V. *supra*, II, 1335-1337.

cette hypothèque [1]. Nous ne pouvons que persister dans notre opinion et renvoyer à nos développements antérieurs.

1652. « 4° *Le montant du capital des créances exprimées* » *dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et* » *prestations ou pour les droits éventuels, conditionnels ou* » *indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée;* » *comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux, et* » *l'époque de l'exigibilité* » (art. **2148-4°**).

C'est la spécialité quant à la créance hypothécaire, que la loi exige dans l'inscription, après l'avoir exigée déjà dans le titre constitutif de l'hypothèque (art. **2132**). C'est un élément essentiel de la publicité. Ils ne suffit pas que les tiers soient avertis de l'existence de l'hypothèque; il faut encore qu'ils sachent le montant des charges hypothécaires établies sur l'immeuble pour pouvoir apprécier, en connaissance de cause, les garanties de solvabilité qu'offre le débiteur.

La loi veut d'abord qu'on indique le montant des créances exprimées dans le titre [2].

Trois hypothèses doivent être distinguées.

a. — La créance garantie par le privilège ou par l'hypothèque est certaine et liquide. Il faudra en indiquer le montant dans les bordereaux d'inscription.

b. — La créance est conditionnelle ou éventuelle. Les bordereaux devront contenir l'indication du montant de la créance ; on ajoutera qu'elle est conditionnelle [3] ou éventuelle.

La loi commet de nouveau ici l'inexactitude que nous avons relevée dans l'art. **2132**. Il faut opérer la même rectification. La créance éventuelle ou conditionnelle peut être déterminée dans son *quantum*. Il faut en faire figurer le chiffre dans l'inscription, en prenant soin d'indiquer l'événement auquel l'existence de la créance ou son montant est subordonné. Il n'y a

[1] V. *supra*, II, 1309 à 1310$_1$. — Aubry et Rau, § 271, texte et note 9, III, 4e éd. p. 324, 5e éd. p. 539; Guillouard, III, 1103. — Cpr. Thézard, 142.

[2] Pont, II, 702; Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 338, 5e éd. p. 557; Colmet de Santerre, IX, 99 *bis*-III, 128 *bis*-I; Guillouard, III, 1164; Huc, XIII, 331; Planiol, II, 2956.

[3] Cpr. *supra*, II, 1401, 1402.

pas lieu de procéder à une évaluation qui serait ordinairement inexacte. C'est seulement dans le cas où la créance est indéterminée que cette formalité devient nécessaire (1).

c. — La créance est indéterminée. Le créancier devra, dans les bordereaux d'inscription, évaluer la créance (2), sauf le droit pour le débiteur de faire réduire cette évaluation si elle est exagérée (3).

Sous la dénomination de *prestations*, la loi comprend toutes les obligations qui ont pour objet autre chose qu'une somme d'argent, par exemple les obligations de faire ou de ne pas faire ou celles qui consistent dans la livraison d'objets en nature (4). Peu importe que ces prestations soient ou non périodiques; dans tous les cas l'évaluation est également nécessaire ; la loi ne distingue pas (5).

1653. La loi ordonne aussi l'évaluation des rentes. Ceci appelle quelques observations. Il est certain que si la rente a pour objet des prestations en nature, il est nécessaire d'en évaluer le montant, comme s'il s'agissait d'une créance ordinaire. Mais la généralité des termes de l'art. 2148 porte à penser que la règle s'applique aux rentes en argent de la même manière qu'aux rentes en nature, aux rentes viagères de la même manière qu'aux rentes perpétuelles.

1654. En ce qui concerne ces dernières tout d'abord, la nécessité de l'évaluation n'apparaît pas. Si on a indiqué la somme moyennant laquelle la rente est rachetable, est-ce que cette indication n'est pas par elle-même une évaluation faite d'un commun accord par les parties intéressées ? Ne suffit-il pas dès lors de la mentionner dans l'inscription ? Allons plus loin ; on a indiqué la somme moyennant laquelle la rente a

(1) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hypoth.*, § 5, n. 11 ; Pont, II, 989 ; Thézard, 143-4° ; Colmet de Santerre, IX, 99 *bis*-IV, 128 *bis*-II ; Guillouard, III, 1166 ; Aubry et Rau, § 274, texte et note 2, III, 5e éd. p. 557-558 ; Huc, XIII, 331 ; Planiol, II, 2959.

(2) Argovie, L. 1er mars 1888, *Ann. de législ. étr.*, XVIII, p. 679. — L. prussienne 5 mai 1872 *sur les livres fonciers*, art. 75, *Ann. de législ. étr.*, II, p. 251.

(3) *Supra*, II, 1401 et 1402.

(4) Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-III ; Aubry et Rau, § 274, III, 5e éd. p. 558 ; Guillouard, III, 1167 ; Huc, XIII, 332. — Riom, 18 janvier 1844, D., 51. 2. 206, S., 44. 2. 166.

(5) Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-III.

été constituée, ou bien on a spécifié le taux de sa capitalisation, le taux auquel elle a été établie. Est-ce que ces mentions insérées dans l'inscription ne suffisent pas pour avertir les tiers? La charge qui grève l'immeuble n'est-elle pas connue? Ce n'est pas douteux, si on indique le prix moyennant lequel la rente est constituée. N'en est-il pas de même lorsqu'une simple multiplication permet de déterminer cette somme? Cette indication n'est-elle pas équipollente à la mention du capital (1)?

1655. La question se présente sous un autre jour quant aux rentes viagères, parce qu'elles ne sont pas rachetables (art. 1979). Dans ce cas, une évaluation semble bien nécessaire; car la valeur capitale de la rente ne peut pas être déterminée par une opération arithmétique; le caractère aléatoire du contrat s'y oppose. La jurisprudence cependant a une tendance marquée vers l'opinion contraire; elle se fonde sur l'art. 1978, aux termes duquel le crédi-rentier a le droit d'exiger l'emploi, sur le prix des biens aliénés et spécialement de l'immeuble hypothéqué, d'une somme suffisante pour assurer le service des arrérages. La connaissance des arrérages suffit donc pour permettre aux tiers de déterminer par une simple multiplication la valeur de la charge dont l'immeuble est grevé (2).

Cette solution pourrait être acceptée si le taux de capitalisation de l'argent était fixe; mais il varie suivant les fluctuations du marché monétaire et nous ne voyons pas comment les tiers pourront, en l'absence de toute évaluation, apprécier avec certitude le montant des charges hypothécaires. La cour de Poitiers, dans l'arrêt du 7 décembre 1885, a décidé

(1) Aubry et Rau, § 274, note 3, III, 4e éd. p. 338, 5e éd. p. 558; Huc, XIII, 332; Surville, II, 713.

(2) Persil, sur l'art. 2148, § 4, IV; Pont, II, 990, *Petits contrats*, I, 759; de France de Tersant, 90; Guillouard, III, 1168; Surville, II, 713. — Nîmes, 11 avril 1807, *J. G.*, v° *Rente viagère*, 143, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II. 2. 224. — Paris, 30 mai 1831, S., 31. 2. 198. — Paris, 10 mars 1832, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 2315, S., 32. 2. 407. — Riom, 18 janv. 1844, D., 51. 2. 206, S., 44. 2. 166. — Caen, 24 janv. 1851, D., 51. 2. 207, S., 51. 2. 495. — Poitiers, 7 déc. 1885, D., 87. 2. 60, S., 86. 2. 81. — Montpellier, 25 mars 1890, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1593. — Douai, 14 mai 1895, D., 98. 2. 107, S., 95. 2. 269. — Cpr. Req., 5 nov. 1862, D., 63. 1. 299, S., 63. 1. 261.

que le crédi-rentier devait être colloqué seulement pour la somme nécessaire pour produire au taux de 5 p. 0/0 un revenu égal aux arrérages. On peut expliquer cette décision en disant qu'au moment où l'inscription avait été prise le taux des placements était de 5 p. 0/0 et que la charge hypothécaire ne pouvait excéder cette limite. Mais la jurisprudence et l'arrêt de la cour de Poitiers lui-même posent en principe que le crédi-rentier n'est pas tenu d'évaluer sa créance, que l'évaluation par lui faite dans l'inscription ou l'indication du capital moyennant lequel la rente a été constituée ne sauraient lui nuire et qu'il a toujours le droit d'être colloqué au rang de son hypothèque pour un capital calculé au denier 20, pourvu qu'il ait pris soin d'indiquer dans l'inscription la quotité de la rente. N'est-ce pas la meilleure preuve que le montant de la créance est indéterminé, qu'il serait juridique d'appliquer l'art. 2148 et d'exiger une évaluation ? La jurisprudence a été certainement touchée par cette considération que les intérêts des créanciers postérieurs sont sauvegardés par ses décisions; car le capital ainsi placé pourra leur être attribué lors de l'extinction de la rente. Il nous semble cependant que cette doctrine n'applique pas le texte de l'art. 2148 avec toute la généralité qu'il comporte et est de nature à compromettre le crédit du débiteur [1].

1656. L'évaluation faite dans l'inscription n'a pas pour effet de limiter l'hypothèque et de fixer le montant de la créance ; elle restreint seulement l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers.

Elle ne limite pas l'hypothèque ; cette sûreté continue de garantir la créance, telle qu'elle a été créée, telle qu'elle sera reconnue exister. Les erreurs commises dans le bordereau ne sauraient nuire ni au créancier, ni aux tiers, ni au débiteur. Elles ne nuisent pas au créancier ; il conserve l'intégralité de son droit ; il pourra, en cas d'insuffisance de son évaluation, requérir une inscription complémentaire pour le surplus de sa créance, mais l'effet de cette nouvelle inscrip-

[1] Aubry et Rau, § 274, texte et note 3, III, 4e éd. p. 338, 5e éd. p. 558; Laurent, XXVII, 323 ; Thézard, 143; Jalouzet, *Et. sur l'inscr. hyp.*, 76; Huc, XIII, 332. — V. Beudant, II, p. 147, note 1.

tion ne se produira qu'à sa date. En sens inverse, ces erreurs ne peuvent nuire aux tiers, ni au débiteur. Ceux-ci sont toujours autorisés à contester l'évaluation faite par le créancier, à en demander la réduction si elle est excessive (art. **2132**), et même à demander des dommages-intérêts (1). Dans l'ordre ouvert par la distribution du prix, le créancier ne sera colloqué que pour le montant réel de sa créance, s'il n'excède pas l'évaluation et s'il se trouve à ce moment définitivement arrêté.

L'évaluation limite l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers (2) ; le créancier ne peut en invoquer le bénéfice en vertu et à la date de son inscription que jusqu'à concurrence de la somme qui y est portée. L'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers est en effet subordonnée à la condition d'une inscription, et la collocation du créancier ne saurait dépasser la somme pour laquelle la publicité a eu lieu (3).

1657. Après avoir ainsi déterminé les créances dont l'évaluation est ordonnée par la loi, nous avons à rechercher s'il y a lieu de tenir compte de la nature ou de l'espèce des sûretés qu'il s'agit de conserver.

En ce qui concerne les hypothèques, nous trouvons dans le code une disposition qui déroge à notre principe ; c'est l'art. **2153** ; il dispense de la nécessité de l'évaluation les hypothèques légales de l'art. **2121**. Nous reviendrons bientôt sur ce point (4). Mais les autres hypothèques légales, à l'excep-

(1) Paris, 7 fév. 1866, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1050, S., 66. 2. 234.

(2) Valais, *C. civ.*, art. 1910.

(3) V. en ce sens sur ces divers points, Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Insc. hyp.*, § 5, n. 11 ; Troplong, III, 683 ; Pont, II, 990 ; Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 339, 5e éd. p. 559 ; André, 799 ; Guillouard, III, 1169 ; Beudant, II, p. 229, note 3. — Liège, 24 août 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1575, S., 10. 2. 372. — Nîmes, 23 nov. 1869 et sur pourvoi Req., 20 mars 1872, D., 72. 1. 401, S., 72. 1. 165. — Paris, 27 juil. 1878 et sur pourvoi Req., 8 juil. 1879, D., 80. 1. 293, S., 81. 1. 61. — *Contra* Orléans, 9 avril 1829, *J. G.*, eod. v°, 1576, S., 29. 2. 204. — V. aussi en matière de rente viagère les arrêts cités au numéro précédent. Partant de cette idée que le crédi-rentier n'est pas alors tenu d'évaluer le montant de sa créance, ils décident que l'évaluation par lui faite ne limite pas son hypothèque et qu'il peut l'invoquer néanmoins pour toute sa créance. Il nous paraît difficile de concilier cette théorie avec le régime de la publicité et nous serions portés à penser que le crédi-rentier ne peut rien demander au delà de son évaluation, comme un créancier qui n'a pris inscription que pour partie de sa créance.

(4) *Infra*, II, 1680, 1682 et s.

tion de l'hypothèque légale de la masse en cas de faillite, restent soumises à la règle de l'art. 2148 [1].

1658. Nous ne rencontrons pas de disposition semblable en ce qui concerne les hypothèques judiciaires. Faut-il en conclure qu'elles restent soumises à la règle de l'art. 2148 et que le créancier est obligé d'évaluer dans l'inscription le montant de sa créance?

S'en tenant à la lettre de l'art. 2148-4°, la jurisprudence ne l'a pas pensé [2]. En effet le créancier n'est tenu d'évaluer le montant de sa créance que *dans les cas où cette évaluation est ordonnée*. Or il n'existe dans le code qu'un seul art. qui la prescrive, c'est l'art. 2132; il est spécial à l'hypothèque conventionnelle; donc sa disposition doit être restreinte à cette hypothèse et ne saurait être étendue aux créances indéterminées garanties par une hypothèque judiciaire.

1658 I. Cette interprétation restrictive ne satisfait par la raison et elle est en opposition avec les principes fondamentaux de notre régime hypothécaire. Il repose sur les deux bases de la publicité et de la spécialité. La loi veut que le montant de la créance garantie soit déterminé et porté à la connaissance des tiers; lorsque la créance est indéterminée au moment de la naissance de l'hypothèque, elle veut qu'une évaluation en soit faite ultérieurement dans l'inscription. Ces prescriptions doivent être générales, comme les principes dont elles ne sont qu'une application; elles doivent donc être observées pour les hypothèques judiciaires, aussi bien que pour les hypothèques conventionnelles; car il n'y a pas de motif pour distinguer entre les unes et les autres. Les tiers ont, dans tous les cas, un égal intérêt à connaître les charges grevant les immeubles qui leur sont offerts en garantie; il importe au débiteur qu'ils en soient avertis; autrement

(1) Beudant, II, 679.

(2) Paris, 16 mars 1822, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1568-1°, S., 22. 2. 381. — Req., 4 août 1825, *J. G.*, eod. v°, 1568-1°, S., 26. 1. 122. — Rouen, 19 fév. 1828, *J. G.*, eod. v°, 1568-1°, S., 28. 2. 171. — Limoges, 5 déc. 1839, *J. G.*, eod. v°, 1568-1°, S., 40. 2. 245. — Rouen, 8 fév. 1851, D., 52. 2. 53, S., 51. 2. 715. — Douai, 16 mai 1895, D., 98. 2. 105 (*Note* de M. Cézar-Bru) S., 95. 2. 269. — *Sic* Duranton, XX, 116 et 117; Troplong, III, 684; Zachariæ, Massé et Vergé, V, p. 201, § 811, texte et note 2; Vaugeois, *Rev. prat.*, 1875, XL, p. 5.

son crédit hypothécaire serait compromis, peut-être même anéanti.

On objecte le texte même de l'art. 2148. Mais est-il bien aussi formel qu'on l'affirme? Il porte que l'inscription doit contenir une évaluation des créances indéterminées dans *les cas* où cette évaluation est ordonnée par la loi. Il existe donc plusieurs cas dans lesquels cette prescription recevra son application. Or, dans la doctrine consacrée par la jurisprudence, ces cas multiples se réduisent à un seul, celui de l'hypothèque conventionnelle. Cette interprétation n'est-elle pas contraire au texte?

Cette argumentation se corrobore par le rapprochement de l'art. 2153-3°, dont la disposition n'a pas de raison d'être dans la théorie de la jurisprudence. A quoi bon, en effet, dispenser les inscriptions des hypothèques légales de l'art. 2121 de la nécessité de l'évaluation, si cette évaluation n'est exigée que pour l'inscription des hypothèques conventionnelles et si l'inscription des autres hypothèques, légales ou judiciaires, n'y est pas soumise? Ce rapprochement montre en même temps pourquoi le législateur a employé le pluriel dans l'art. 2148-4°. L'évaluation de la créance indéterminée n'est pas ordonnée seulement dans le cas unique d'une hypothèque conventionnelle, mais dans tous les cas, sauf les exceptions admises par la loi. La formule de l'art. 2148-4° a été édictée en vue de l'exception que devait y apporter l'art. 2153-3°. Elle a ainsi le caractère de généralité que nous lui attribuons; l'art. 2148 n'est pas seulement un article de renvoi; il complète les dispositions antérieures et notamment l'art. 2132; il impose dans tous les cas, sauf exception édictée par la loi, au titulaire d'une créance indéterminée l'obligation d'en faire l'évaluation dans l'inscription.

L'interprétation que nous proposons de l'art. 2148 a l'avantage d'en faire une reproduction de l'art. 18 de la loi du 11 brumaire an VII, qui disposait également: « Le requérant » sera tenu de déclarer la somme en numéraire à laquelle » il évalue *les rentes et prestations* pour lesquelles il s'ins- » crit ».

Nous retrouvons la même formule dans l'art. 2148. Il est

probable que les rédacteurs du code, en l'empruntant à la loi du 11 brumaire an VII, ont entendu lui conserver le sens et la portée qu'elle avait alors. Cette interprétation est d'autant plus vraisemblable que le code a consacré les deux principes sur lesquels reposait la loi de brumaire, la publicité et la spécialité. Or l'art. 18 de cette loi était général et s'appliquait à toutes les hypothèques, spécialement à l'hypothèque résultant d'une condamnation judiciaire, et ne comportait que les exceptions énumérées dans l'art. 21. L'hypothèque garantissant l'exécution des jugements restait soumise à la règle générale. N'est-il pas logique de conclure que l'art. 2148 a la même portée? Sa disposition n'est pas seulement une référence à des règles antérieures, elle est générale et ne comporte pas d'autres exceptions que celles prononcées par un texte formel, comme l'art. 2153 (1).

1659. Le silence que garde la loi en ce qui concerne les privilèges donne naissance à une difficulté identique à celle que nous venons d'examiner pour les hypothèques judiciaires. Les mêmes solutions ont été proposées et, dans la théorie adoptée par la majorité des arrêts sur la question précédente, il faut décider que le créancier n'est pas alors tenu d'évaluer dans l'inscription le montant de sa créance, si elle est indéterminée. Les considérations précédentes nous portent au contraire à penser qu'il faut également appliquer à cette hypothèse la règle générale par nous admise (2). La cour de cassation semble avoir récemment consacré cette solution.

En conséquence si le prix d'une vente consiste dans une rente en nature, il faudra en faire l'évaluation dans l'inscription (3). De même si le vendeur veut réclamer une collocation par privilège pour obtenir le remboursement des frais d'acte dont il a fait l'avance et qui doivent être supportés par l'ache-

(1) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 11; Grenier, I, 83; Battur, III, 442; Pont, II, 989; Aubry et Rau, § 274, texte et note 7, III, 4e éd. p. 339, 5e éd. p. 559-560; Thézard, 143-4°; Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-V; Guillouard, III, 1171; Huc, XIII, 333; Beudant, II, p. 151, note 1. — Chambéry, 22 déc. 1879, S., 80. 2. 241.

(2) Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 339-340, 5e éd. p. 559-561; Guillouard, III, 1172.

(3) Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 340, 5e éd. p. 559-560.

teur, il est nécessaire que l'inscription avertisse les tiers de l'existence du recours qui appartient de ce chef au vendeur et en fasse connaître le montant (1).

Le copartageant qui prend inscription du privilège de l'art. 2103-3° est obligé d'évaluer dans le bordereau l'obligation de garantie dont il veut ainsi assurer l'exécution (2).

De même le créancier du défunt qui prend inscription pour conserver le privilège de la séparation des patrimoines est tenu d'évaluer sa créance, si elle est indéterminée (3).

Ce ne sont là que des exemples ; ces solutions sont la conséquence logique du principe général que nous avons cru trouver dans la loi.

1660. Le créancier doit en outre indiquer dans les bordereaux le montant des accessoires de la créance.

Sous cette dénomination d'accessoires, il faut comprendre les intérêts ou arrérages échus (4), les frais de l'acte d'où résulte le privilège ou l'hypothèque, si, quoique dus, par le débiteur, ils ont été avancés par le créancier (5), le coût des bordereaux et de l'inscription, les dommages-intérêts auxquels le débiteur pourrait être condamné pour inexécution de ses engagements (6), les frais avancés pour l'obtention du titre, les frais et dépens dus par le débiteur à raison des procès relatifs à la validité ou à l'exécution de son obligation (7). Il

(1) Civ. cass., 9 mars 1898, D., 98. 1. 349, S., 99. 1. 241 (*Note* de M. Wahl).

(2) Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 340, 5e éd. p. 561 ; Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-V ; Guillouard, III, 1172. — *Contra* Trib. civ. Castelsarrazin, 23 juill. 1880, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 378, 379, S. (sous Toulouse, 20 mai 1881), 83. 2. 81.

(3) Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 340, 5e éd. p. 561.

(4) Martou, III, 1116 ; Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 340, 5e éd. p. 561 ; Laurent, XXXI, 67 ; Lepinois, IV, 1655 ; Huc, XIII, 334. — Req., 13 nov. 1893, D., 94. 1. 372.

(5) Duranton, XX, 123, 125 ; Troplong, III, 683 ; Pont, II, 991 ; Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 340-341, 5e éd. p. 561 ; Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-IV ; Guillouard, III, 1173 ; Lepinois, III, 1653 ; Huc, XIII, 334. — Trib. civ. Grenoble, 2 mai 1870, D., 71. 5. 217. — Civ. cass., 14 août 1883, D., 84. 1. 64, S., 84. 1. 24. — Civ. cass., 9 mars 1898, D., 98. 1. 349, S., 99. 1. 241 (*Note* de M. Wahl).

(6) Troplong, III, 703 ; Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 341, 5e éd. p. 561, § 285, III, 4e éd. p. 426, 5e éd. p. 698 ; Guillouard, III, 1580 ; Huc, XIII, 334. — Cpr. Req., 11 mars 1834, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1299-2°, S., 34. 1. 345. — Civ. rej., 30 déc. 1868, D., 69. 1. 88, S., 69. 1. 170.

(7) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 11 ; Persil, II, sur l'art. 2155 ; Grenier, I, 98 ; Troplong, III, 702 *bis* ; Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 341,

en serait de même des frais exposés dans la procédure de saisie-arrêt ; ils constituent des accessoires de la créance, et le créancier a le droit, à ce titre, d'en exiger le paiement sur le prix des immeubles hypothéqués (1).

Nous ne mentionnons pas ici les frais exposés pour parvenir à la réalisation des immeubles hypothéqués et à la distribution par voie d'ordre du prix produit par l'expropriation forcée. Le paiement de ces frais est assuré par des dispositions spéciales, auxquelles il nous suffira de renvoyer (art. 712, 714, 759, 766, 774 Pr. civ., art. 2104, 2107, 2188 C. civ.). Rappelons seulement qu'ils sont garantis par un privilège (2).

Quant aux intérêts ou arrérages à échoir, il n'est pas nécessaire de les mentionner dans l'inscription et, dans la pratique, ils n'y figurent que pour *mémoire*. Ils sont conservés de plein droit par l'inscription prise pour sûreté du capital, dans la mesure déterminée par l'art. 2151. Il faut seulement que l'inscription porte l'indication que le capital est productif d'intérêts et en spécifie le taux. Les tiers ont besoin d'être avertis ; car ces charges venant s'ajouter au capital diminuent le crédit hypothécaire du débiteur. Le silence que garderait sur ce point l'inscription, n'empêcherait pas l'hypothèque de produire tous ses effets quant au capital ; il priverait seulement le créancier du droit d'être colloqué au rang de son hypothèque pour les intérêts. Il pourrait cependant prendre des inscriptions spéciales pour les intérêts échus au fur et à mesure des échéances, mais ces inscriptions ne produiraient d'effet qu'à leur date. De même, le créancier serait colloqué pour les intérêts calculés d'après le taux indiqué dans l'inscription ; il n'aurait pas le droit de réclamer par préférence le paiement des intérêts d'après le taux porté dans l'obligation, s'il était supérieur (3).

Aux accessoires, et sous la réserve de ce que nous venons

5e éd. p. 561, § 285, III, 4e éd. p. 426, 5e éd. p. 697 ; Pont, II, 991 ; Guillouard, III, 1580 ; Laurent, XXXI, 65 ; Lepinois, IV, 1653.

( ) Civ. cass., 9 mars 1870, D., 70. 1. 298, S., 70. 1. 207.

(2) Pont, Aubry et Rau, Laurent, *locc. citt.* ; Guillouard, III, 1173 ; Lepinois, IV, 1653.

(3) Lepinois, IV, 1652. — Civ. rej., 13 mars 1874, S., 75. 1. 5. — Req., 8 juill. 1879, D., 80. 1. 293, S., 81. 1. 61.

de dire pour les intérêts ou arrérages à échoir, il faut d'ailleurs appliquer la même règle qu'au capital [1]. L'inscription doit faire connaître le montant des accessoires s'ils sont déterminés; elle doit en contenir l'évaluation s'ils sont indéterminés. Il ne suffit pas qu'ils y figurent pour mémoire [2]. L'inobservation de cette formalité n'entraîne pas, comme nous venons de le dire, la nullité de l'inscription; celle-ci garantit seulement alors le capital de la créance; pour rendre opposable aux tiers en ce qui concerne les accessoires la cause de préférence qui lui appartient, le créancier serait obligé de recourir à des inscriptions complémentaires, qui naturellement ne lui assureraient rang de ce chef qu'à leur date respective.

1661. La loi exige en outre que l'inscription fasse connaître l'époque d'exigibilité de la créance. Les tiers ont à cette mention le plus grand intérêt, car l'importance d'une charge hypothécaire s'apprécie *non solum ex quantitate, sed ex die solutionis*. Pour juger le crédit immobilier d'une personne, il est nécessaire de tenir compte de l'époque à laquelle on est exposé à voir poursuivre la réalisation de ses immeubles [3].

Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, comme sous l'empire de l'art. 113 de la loi belge du 16 décembre 1851, les tiers acquéreurs avaient un intérêt évident à connaître l'époque d'exigibilité des créances garanties par une hypothèque sur les immeubles par eux acquis; car, aux termes des art. 15 et 30, la vente volontaire ou forcée ne rendait pas exigibles les capitaux aliénés et les créances non échues. En conséquence, l'acquéreur et l'adjudicataire jouissaient, même dans le cas de purge, des termes et délais qu'avaient les précédents

(1) Valais, *C. civ.*, art. 1921.

(2) Trib. civ. de Grenoble, 2 mai 1870, D., 71. 5. 217. — Req., 8 juill. 1879, D., 80. 1. 293, S., 81. 1. 61. — Civ. cass., 14 août 1883, D., 84. 1. 64, S., 84. 1. 24. — Trib. civ. Rennes, 5 avril 1897, D., 99. 2. 281. — *Sic* Grenier, I, 98; Persil, II, sur l'art. 2148, § 4, III; Duranton, XX, 123, 125; Troplong, III, 683; Pont, II, 991; Boileux, VI, p. 491; Aubry et Rau, § 274, III, 4e éd. p. 340, 5e éd. p. 561; Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-IV; Guillouard, III, 1173; Huc, XIII, 334. — Cpr. Laurent, XXXI, 64.

(3) Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 349, 5e éd. p. 568; Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-VI; Laurent, XXXI, 81; Guillouard, III, 1174; Huc, XIII, 335. — Cpr. cep. Pont, II, 992.

propriétaires de l'immeuble pour acquitter les charges et dettes hypothécaires inscrites. Il leur importait donc de savoir les délais qui leur étaient accordés pour se libérer ou plutôt pour libérer l'immeuble. Aujourd'hui, aux termes de l'art. 2184, l'acquéreur qui veut purger est obligé d'offrir d'acquitter sur le champ les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. A ce point de vue, l'acquéreur n'a plus le même intérêt que sous la loi de brumaire à être averti de l'époque d'exigibilité des créances. Est-ce à dire, comme on paraît le supposer [1], qu'il ne lui importe pas d'en avoir connaissance ? L'affirmative est certaine, s'il est prêt à payer son prix comptant et à purger. Mais n'en est-il pas autrement, si le prix n'est payable qu'à terme ? L'acheteur n'a-t-il pas intérêt à connaître par la date d'exigibilité l'époque à laquelle il est exposé à une poursuite hypothécaire ? Cette considération ne suffit-elle pas pour justifier les auteurs du code qui, reproduisant sur ce point l'art. 18 de la loi du 11 brumaire an VII, ont exigé l'indication de l'époque d'exigibilité de la créance ?

1662. Dans la disposition de l'art. 2148-4°, le législateur a eu en vue le cas d'une créance qui n'est pas encore échue au moment où l'inscription est requise ; s'il en était autrement, il suffirait de mentionner que la créance est échue ou exigible [2], il ne serait pas nécessaire d'indiquer l'époque à laquelle a eu lieu l'échéance [3]. Si l'époque de l'échéance était incertaine,

[1] Pont, *loc. cit.*

[2] Req., 1er février 1825, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1526, S., 25. 1. 287. — Req., 26 juill. 1825, *J. G.*, eod. v°, 1589-1°, S., 26. 1. 92. — Cass. ch. réun. rej., 6 déc. 1844, D., 45. 1. 15, S., 45. 1. 31. — Req., 15 mars 1852, D., 52. 1. 74, S., 52. 1. 793. — Req., 8 mars 1853, D., 54. 1. 341, S., 55. 1. 214. — Grenoble, 13 mars 1858, D., 58. 2. 176. — Chambéry, 22 déc. 1879, S., 80. 2. 241. — Nancy, 27 déc. 1879, D., 80. 2. 119, S., 80. 2. 174. — Lyon, 13 mars 1885, *Pand. franç.*, 87. 2. 16. — Rennes, 21 juill. 1888, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 830. — *Sic* Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 345, 5e éd. p. 568 ; Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-VII ; Guillouard, III, 1175.

[3] Persil, II, sur l'art. 2148, VIII ; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 345, 5e éd. p. 569 ; Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-VII ; Guillouard, III, 1174, 1200. — Nîmes, 23 déc. 1810, *J. G.*, eod. v°, 1589-1°, S., 11. 2. 73. — Req., 9 juill. 1811, *J. G.*, *ibid.*, S., 11. 1. 320. — Req., 23 juill. 1812, *J. G.*, eod. v°, 1589-2°, S., 13. 1. 257. — Rennes, 30 déc. 1819, *J. G.*, eod. v°, 1589-1°. — Cpr. Nîmes, 28 nov. 1832, *J.*,

il suffirait de mentionner l'acte ou le fait qui déterminera l'exigibilité de la créance (1). La loi n'exige pas du reste l'emploi d'une formule sacramentelle ; toutes les indications, quels que soient leurs termes, peuvent satisfaire à ses prescriptions. Il faut et il suffit que les tiers aient pu connaître cette date avec certitude et qu'ils n'aient pas été exposés à des erreurs. La jurisprudence a eu très souvent l'occasion de faire l'application de ces principes. Nous ne pouvons rapporter ici toutes les décisions qui, à côté de la question de droit, soulèvent et résolvent toujours et en même temps des questions de fait, puisqu'il s'agit de savoir si les tiers ont pu connaître sans équivoque (2) l'époque de l'exigibilité.

1663. Quand l'inscription est prise pour sûreté d'une rente perpétuelle ou viagère, il est inutile d'y mentionner les circonstances qui peuvent, exceptionnellement et en vertu de la loi, rendre exigible le capital de la rente. Pour la rente viagère, le doute n'est pas possible. D'une part, elle n'a pas de capital ; d'autre part, le crédi-rentier ne peut, en aucun cas, réclamer le remboursement de la somme par lui versée ; il n'a que le droit d'exiger sur le produit de la vente, conformément à l'art. 1978, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages. Il en est de même dans le cas d'une rente perpétuelle, parce que le capital n'en devient jamais exigible en principe (art. 1909). Il n'est même pas nécessaire d'énoncer expressément dans l'inscription que le remboursement du capital pourra être réclamé dans les circonstances déterminées par l'art. 1912. Dans l'un et l'autre cas, les tiers seront suffisamment avertis par l'indication précise de la nature du droit garanti. Du moment où ils sauront qu'il s'agit d'une rente perpétuelle ou viagère, ils seront prévenus de l'application éventuelle des art. 1912 et 1978 (3).

G., eod. v°, 1591, 1594. — V. cep. Nîmes, 13 juill. 1808, *J. G.*, eod. v°, 1590, S., 10. 2. 544.

(1) Req., 1er mai 1876, D., 76. 1. 481, S., 76. 1. 303. — Limoges, 31 oct. 1896, *Gaz. du Pal.*, 1897, 1er sem., p. 513.

(2) V. Req., 15 juin 1864, D., 64. 1. 421, S., 64. 1. 254. — Cpr. Alger, 13 fév. 1869 (sous Req., 26 mars 1872), D., 72. 1. 425, S., 74. 1. 313.

(3) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 11; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 345, 5e éd. p. 569; Thézard, 143; Guillouard, III, 1175. —

En ce qui concerne les arrérages, la jurisprudence et la doctrine décident également que les époques d'échéance sont suffisamment déterminées par cela seul que la nature du droit est indiquée. En effet, annuler l'inscription quant aux arrérages et la valider quant au droit, c'est évidemment admettre deux solutions contradictoires, les arrérages étant seuls *in obligatione*. D'un autre côté, il est de la nature du contrat que les arrérages soient exigibles chaque année, il suffit donc de connaître la date du titre pour connaître l'époque des échéances (1).

1664. « 5° *L'indication de l'espèce et de la situation des* » *biens sur lesquels il entend conserver son privilège ou son* » *hypothèque* » (art. 2148-5°).

Cette mention constitue la spécialité quant au gage hypothécaire qui est requise dans l'inscription comme dans le titre constitutif de l'hypothèque (art. 2129) (2). Il est logique d'en conclure que la spécialité de l'inscription est régie par les mêmes règles que la spécialité de la constitution d'hypothèque. Cette corrélation semble d'autant plus justifiée que l'art. 2148 exige l'indication de *l'espèce et de la situation* des biens sur lesquels l'inscription est requise, de même que l'art. 2129 prescrit de déclarer dans l'acte constitutif *la nature et la situation* des biens hypothéqués.

Mais si, à ce point de vue, les deux formules sont identiques, il existe cependant entre elles une différence (3). L'art. 2148 s'exprime d'une manière générale en parlant *des biens hypothéqués ;* l'art. 2129 paraît exiger une désignation plus détaillée, quand il dit : la nature et la situation de *chacun* des im-

Sic Décision du Grand Juge du 21 juin 1808, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1601, S., 8. 2. 230.

(1) Delvincourt, III, p. 348; Duranton, XX, 126; Persil, II, sur l'art. 2148, § 4, VI, VII; Favard, v° *Inscr. hyp.*, 17; Troplong, III, 688; Pont, II, 994; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 345, 5e éd p. 569; Guillouard, III, 1175. — Req., 2 avril 1811, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1603-3°. — Req., 9 juil. 1811, S., 11. 1. 320. — Bruxelles, 20 août 1812, *J. G.*, eod. loc. — *Contra* Décision du Grand Juge du 21 juin 1808 citée à la note précédente.

(2) *Supra*, II, 1367 s.

(3) La loi belge du 16 décembre 1851 emploie la même formule dans ses art. 78 et 83 et parle itérativement de la désignation de *chacun* des immeubles hypothéqués.

meubles. De la différence des formules on a prétendu déduire une différence de principes. La spécialité de l'inscription serait soumise à des règles moins rigoureuses que la spécialité de la constitution (1). Nous ne saurions accepter cette théorie. La spécialité de l'hypothèque est aussi nécessaire dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt du débiteur ; or elle se réalise à l'égard des tiers par l'inscription. Elle doit dans les deux cas être régie par les mêmes principes. Les indications doivent être formulées dans des termes identiques. C'est d'autant plus rationnel que la spécialité dans l'acte constitutif prépare la spécialité dans l'inscription (2).

1665. Nous retrouvons ici la controverse que nous avons déjà examinée en présentant le commentaire de l'art. **2129**. Conséquente avec son principe, la jurisprudence se contente d'une désignation collective des immeubles hypothéqués, pourvu qu'elle fasse connaître, même par équipollent, la nature et la situation des immeubles sur lesquels l'inscription est requise (3). Elle s'est montrée plus facile en notre matière qu'en matière de constitution d'hypothèques. Ainsi elle n'exige pas, d'une manière absolue, l'indication de la commune dans laquelle les biens sont situés (4), elle n'exige pas l'indication de la nature et de l'espèce des biens grevés et a validé l'inscription prise sur tous les biens immeubles situés dans telle commune, ou dans l'arrondissement de tel bureau, ou sur les biens

(1) Pont, II, 1004 s.

(2) Guillouard, III, 1176.

(3) Liège, 21 janv. 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1624-1°. — Req., 25 nov. 1813, *J. G.*, eod. v°, 1619-2°, S., 14. 1. 44. — Req., 7 juin 1814, *J. G.*, eod. v°, 1624-2°. — Req., 1er avril 1817, *J. G.*, eod. v°, 1624-3°, S., 17. 1. 348. — Rennes, 25 juill. 1817, *J. G.*, eod. v°, 1624-5°. — Req., 27 mars 1822, *J. G.*, eod. v°, 1624-6°. — Nancy, 28 avril 1826, *J. G.*, eod. v°, 1619-1°, S., 27. 2. 230. — Civ. rej., 15 fév. 1836, S., 36. 1. 471. — Req., 12 nov. 1890, D., 91. 5. 306, S., 91. 1. 199. — Paris, 11 avril 1892, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 1063. — Req., 27 novembre 1893, D., 94. 1. 566, S., 94. 1. 349. — Trib. civ. Vannes, 15 juillet 1904, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1904, 2e sem., 2. 493. — Cpr. cep. Req., 6 déc. 1817, *J. G.*, eod. v°, 1626.

(4) V. en ce sens plusieurs des arrêts cités à la note précédente, notamment Nancy, 28 avril 1826. De même la cour de Bordeaux a décidé par arrêt du 6 mai 1848, D., 50. 2. 11, S., 49. 2. 509, que l'erreur dans la désignation de la commune n'est pas une cause de nullité de l'inscription, lorsque néanmoins la situation des biens est suffisamment indiquée, que l'erreur n'a donné lieu à aucune méprise et n'a pas été pour les tiers la cause d'un préjudice.

immeubles adjugés au débiteur par tel jugement et situés dans telle commune [1]. Cependant si l'inscription n'indique pas la nature et la situation des biens grevés et qu'il soit impossible de les reconnaître avec certitude, elle sera frappée de nullité [2].

1665 I. Quant à nous, nous serions portés à donner aux termes de l'art. 2148 la même interprétation qu'aux expressions correspondantes de l'art. 2129. La spécialité de l'hypothèque est exigée dans l'intérêt du débiteur, la spécialité de l'inscription dans l'intérêt des tiers. Il faut qu'en consultant le registre des hypothèques ceux-ci puissent déterminer l'immeuble grevé, sans avoir besoin de se reporter à d'autres actes. A cette condition seulement, la publicité des hypothèques sera une réalité et le crédit hypothécaire reposera sur des bases solides. Or les facilités admises par la jurisprudence sont, à nos yeux, de véritables dangers. Un débiteur, par exemple, a hypothéqué tous ses immeubles situés sur le territoire de telle commune en en faisant connaître la nature en termes généraux; l'inscription a été requise dans les mêmes termes. D'après la jurisprudence, la constitution d'hypothèque et l'inscription sont également valables. Plus tard le débiteur contracte une nouvelle obligation et à sa sûreté il offre d'hypothéquer tous les immeubles qui lui appartiennent dans la même commune. Pour apprécier exactement la valeur du gage qui lui est offert, il ne suffira pas au créancier de connaître les immeubles qui appartiennent actuellement à son débiteur et de déduire de leur valeur intégrale le montant des charges hypothécaires, il lui faudra rechercher quels biens appartenaient à ce débiteur au moment de la constitution de la première hypothèque. La jurisprudence, par l'interprétation qu'elle donne à l'art. 2148,

(1) Civ. rej., 6 mars 1820, *J. G.*, eod. v°, 1623-1°, S., 20. 1. 173. — Req., 28 août 1821, *J. G.*, eod. v°, 1623-1°, S., 21. 1. 420. — Bourges, 23 avril 1841, *J. G.*, eod. v°, 1623-2°, S., 41. 2. 585. — Req., 4 mars 1873, D., 73. 1. 247, S., 73. 1. 405. — *Contra* Cour de cass. Belg., 11 juin 1842, *J. G.*, eod. v°, 1622-4°.

(2) Req., 22 mai 1812, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1616-2°. — Bruxelles, 3 déc. 1812, *J. G.*, eod. v°, 1622-1°, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV. 2. 208. — Angers, 16 août 1826, *J. G.*, eod. v°, 1622-2°, S., 26. 2. 322. — Agen, 1er juill. 1830, *J. G.*, eod. v°, 1616-6°, S., 33. 2. 108. — Req., 22 février 1897, D., 97. 1. 200, S., 97. 1. 454.

enlève à la publicité une grande partie de ses avantages et apporte de nuisibles entraves au crédit immobilier. C'est pourquoi nous sommes portés à penser que la spécialité de l'inscription devrait être régie par les mêmes règles que la spécialité de la constitution hypothécaire ; l'identité presque absolue des formules employées dans les art. **2129** et **2148**, malgré la légère différence signalée ci-dessus, est pour nous la preuve que telle a été la volonté du législateur. Il nous suffira donc de renvoyer aux explications déjà fournies ([1]).

En conséquence, nous déciderons que l'inscription de l'hypothèque établie sur un domaine, un corps de ferme, sera valable si elle désigne le domaine ou le corps de ferme par son nom et fait connaître sa situation. Il n'est pas nécessaire d'indiquer chaque parcelle qui dépend de ce domaine. Il constitue une universalité de fait, individualisée par son nom. Il faudra seulement faire connaître la nature des diverses pièces de terre qui le composent ([2]). Pour remplir absolument le but de la loi, il faudrait que l'inscription fût précédée d'une description exacte du domaine. C'est le but que s'étaient proposé les auteurs de la loi du 9 messidor an III en instituant la déclaration foncière. C'est le résultat qu'on atteint au moyen des registres fonciers. Une feuille spéciale est consacrée à chaque propriété formant un corps d'exploitation ; elle en indique exactement la composition ; elle fait connaître dans l'ordre de leur date les morcellements subis, les accroissements reçus, ainsi que les charges établies.

1665 II. Rappelons que la jurisprudence se montre plus rigoureuse en ce qui concerne l'inscription du privilège de la séparation des patrimoines. S'appuyant sur les termes de l'art. **2111**, elle exige la désignation spéciale de chacun des immeubles ayant appartenu au défunt sur lesquels l'inscrip-

([1]) Aubry et Rau, § 273, III, 4e éd. p. 335, 5e éd. p. 554, § 276 texte et note 19, III, 4e éd. p. 350, 5e éd. 576-577 ; Thézard, 143 ; Colmet de Santerre, IX, 130 *bis*-III ; Guillouard, III, 1176, 1201 ; Huc, XIII, 336 ; Beudant, II, 790 ; Planiol, II, 2960. — V. *supra*, II, 1372 s.

([2]) Duranton, XIX, 372. — Liège, 13 janv. 1823, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1619-3°. — Req., 24 nov. 1824, *J. G.*, eod. v°, 1624-7°. — Civ. rej., 24 janv. 1825, *J. G.*, eod. v°, 1624-8°, S., 26. 1. 38.

tion est requise [1]. En fait elle se propose de prévenir toute confusion entre les immeubles héréditaires seuls grevés du privilège et les autres immeubles que l'héritier peut posséder dans l'étendue de la même commune. A notre avis, cette règle devrait s'appliquer à toutes les inscriptions.

1666. Apportant une exception au principe de la spécialisation des immeubles grevés, l'art. **2148** ajoute : « *Cette dernière disposition n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires : à défaut de convention, une seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau* ».

Il suffit donc, dans ces cas particuliers, que l'inscription soit prise sur la généralité des biens présents et à venir du débiteur ou sur tous ses biens [2]. Il n'est pas nécessaire d'indiquer chacun des immeubles sur lesquels elle est requise. Faite en termes généraux, elle frappe tous les biens qui appartiennent actuellement au débiteur, tous ceux qu'il acquerra dans l'avenir, au fur et à mesure des acquisitions, sans qu'il soit besoin d'en requérir une nouvelle à chaque acquisition [3]. Mais la loi décide avec raison que l'effet en est limité au ressort du bureau pour lequel la condition de publicité se trouve ainsi remplie.

1666 I. La loi réserve cependant le cas où il est intervenu une convention à ce sujet : *à défaut de convention,* porte le texte. Le législateur a évidemment eu en vue le cas où l'hypothèque légale de la femme, du mineur ou de l'interdit a été

[1] *Supra,* I, 864 II. — Grenoble, 11 juillet 1893, D., 94. 2. 543, S. (sous Cass.), 95. 1. 211.

[2] Pont, II, 1000; Aubry et Rau, § 273, III, 4e éd. p. 336, 5e éd. p. 554-555; Guillouard, II, 917, III, 1177; Huc, XIII, 337; Beudant, II, 790. — Trib. civ. Sens, 27 déc. 1872, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1132. — Lyon, 13 mars 1885, *Pand. franç.*, 87. 2. 16. — Paris, 9 déc. 1890, D., 91. 2. 368.

[3] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 12; Persil, II, sur l'art. 2148, § 5, III; Grenier, I, 193; Troplong, III, 690 et 691; Duranton, XX, 132 s.; Aubry et Rau, § 273, III, 4e éd. p. 336, 5e éd. p. 555; Guillouard, II, 916, III, 1178; Huc, XIII, 200; Beudant, II, 790. — Rouen, 22 mai 1818, S., 18. 2. 230. — Civ. cass., 3 août 1819, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1388. — Metz, 23 avril 1823, S., 25. 2. 88. — Req., 26 fév. 1883, S., 84. 1. 275. — Rapp. Paris, 23 fév. 1835, *J. G.*, eod. v°, 1303, S., 35. 2. 209. — *Contra* Limoges, 3 juin 1871, D., 72. 2. 88, S., 71. 2. 84.

restreinte par le contrat de mariage ou par l'acte de nomination du tuteur et peut-être aussi celui où elle a été réduite au cours du mariage ou de la tutelle [1]. Le législateur suppose que la restriction ou la réduction a eu lieu par voie de spécialisation. Dans ce cas il exige l'indication détaillée des immeubles sur lesquels l'hypothèque légale a été cantonnée. Il nous est difficile d'admettre que cette disposition soit inutile [2]. L'hypothèque légale des femmes mariées, mineurs et interdits, quoique restreinte ou réduite, n'en demeure pas moins une hypothèque légale et, à défaut de cette réserve, on aurait pu soutenir que l'indication précise des immeubles grevés n'était pas requise dans l'inscription. La loi a voulu prévenir les doutes.

1667. Comme les exceptions sont de droit étroit, il est nécessaire de déterminer la portée de cet al. de l'art. 2148. Il s'applique sans difficulté aux hypothèques judiciaires qui, comme nous l'avons vu, sont générales et grèvent les immeubles présents et à venir du débiteur. La dispense que la loi leur accorde se justifie sans peine. La spécialité de l'inscription est requise dans l'intérêt des tiers; elle est prescrite pour leur faire connaître les biens atteints par l'hypothèque. Elle n'a plus de raison d'être lorsque l'hypothèque est générale. Il suffit que les tiers soient avertis de l'origine judiciaire de l'hypothèque pour savoir qu'elle grève nécessairement tous les immeubles du débiteur. La règle de l'art. 2148 sur ce point se rattache ainsi au système de publicité *personnelle* organisé par notre code; elle disparaîtrait nécessairement par l'adoption d'un système de publicité *réelle*.

Cependant il en serait autrement et nous retomberions sous l'empire de la règle générale de l'art. 2148, si ces hypothèques avaient été restreintes ou réduites par voie de spécialisation.

1668. L'exception s'étend, d'après le texte, aux hypothèques légales. Mais à quelles hypothèques légales s'applique-t-elle? Le motif que nous venons d'invoquer pour justifier la règle relative aux hypothèques judiciaires prouve,

(1) Aubry et Rau, § 273, note 3, III, 4e éd. p. 336, 5e éd. p. 555-556.
(2) Cpr. Guillouard, III, 1179.

sans doute aucun, que notre disposition se réfère aux hypothèques légales générales, à celles qui grèvent les immeubles présents et à venir du débiteur. Nous reviendrions à la règle, comme pour les hypothèques judiciaires, si elles avaient été spécialisées.

L'exception s'appliquera donc sans difficulté à l'hypothèque légale des communes et établissements publics, qui est une hypothèque générale. Mais nous n'étendrions pas la même solution à l'hypothèque légale de l'Etat qui, générale sous l'empire du code, est devenue spéciale en vertu de la loi du 5 septembre 1807. Nous verrons dans un instant que le privilège du Trésor, qui frappe les immeubles acquis à titre onéreux par le comptable, rentre dans l'application de la règle générale. Il en est de même de l'hypothèque légale qui, formant la contre-partie du privilège, frappant les immeubles que celui-ci n'atteint pas, doit participer de sa nature et être spéciale comme lui (1).

L'exception s'appliquera aussi à l'hypothèque légale de la Régie des douanes sur les immeubles des redevables (2).

Pour le même motif, ne rentrent pas dans l'exception les inscriptions de privilèges dégénérés en hypothèques (3); ces dernières sont spéciales comme les privilèges qu'elles remplacent. Il en est de même pour l'hypothèque légale établie par l'art. 490 C. com. sur les immeubles du failli, si on la considère avec nous comme une hypothèque légale spéciale et non comme une hypothèque judiciaire (4). De même, nous exigerons l'indication des immeubles grevés, de la part du légataire particulier qui fait inscrire son hypothèque légale. Nous avons, en effet, décidé que cette hypothèque est spéciale (5). Rappelons cependant que la jurisprudence a une

(1) Pont, II, 1001; Aubry et Rau, § 273, III, 4e éd. p. 337, 5e éd. p. 556; Beudant, II, p. 229, note 2.

(2) *Supra,* II, 968.

(3) Beudant, II, p. 229, note 2.

(4) V. *supra*, II, 967, 1217. — Pont, II, 1001; Aubry et Rau, § 264, texte et note 16, III, 4e éd. p. 205, 5e éd. p. 353, § 273, III, 4e éd. p. 337, 5e éd. p. 557; Lyon-Caen et Renault, VII, 278. — *Contra* Boistel, 914; Colmet de Santerre, IX, 129 *bis*-II.

(5) V. *supra*, II, 966. — Colmet de Santerre, IX, 129 *bis*-I; Baudry-Lacantinerie et Colin, II, 2496; Huc, XIII, 337. — *Contra* Guillouard, III, 1181.

tendance à se prononcer en sens contraire au point de vue de l'inscription [1], comme au point de vue de la réduction [2].

1669. La règle de l'art. 2148-5° s'applique au contraire à tous les privilèges, même au privilège du Trésor sur les biens des comptables [3]; tous, sans exception, ils frappent des immeubles déterminés; ils ne sont pas généraux et n'atteignent pas tous les biens présents et à venir du débiteur; il en est de même pour le privilège de la séparation des patrimoines: il s'exerce non pas sur les biens, même sur les biens présents du débiteur, c'est-à-dire de l'héritier pur et simple, mais seulement sur les biens du défunt confondus dans le patrimoine de l'héritier avec le patrimoine de ce dernier. L'art. 2111 consacre formellement cette solution, quand il nous parle de l'inscription prise sur *chacun* des immeubles héréditaires [4].

1670. Des explications que nous venons de fournir il résulte que l'inscription de l'hypothèque, établie sur les biens à venir en vertu de l'art. 2130, doit être spéciale. En effet, l'exception apportée à ce principe par le dernier alinéa de l'art. 2148 est limitée par le texte aux hypothèques judiciaires et aux hypothèques légales; même en ce qui concerne ces dernières, elle se restreint dans notre opinion à celles des hypothèques légales, dont l'art. 2122 a édicté la généralité. Pour ce double motif, elle reste étrangère à l'hypothèque conventionnelle constituée sur les biens à venir. En conséquence, le créancier devra, en requérant la première inscription, désigner spécialement chacun des immeubles présents sur lesquels elle est prise, soit que le débiteur en fût propriétaire au moment de la constitution de l'hypothèque, soit qu'il le soit devenu depuis mais avant l'inscription. Il sera tenu en outre de requérir, au

(1) Toulouse, 23 déc. 1870, D., 72. 5. 271, S., 72. 2. 41. — Bordeaux, 5 mai 1887, D., 89. 2. 7, S., 90. 2. 124.

(2) Rennes, 21 mai 1875 (sous Civ. cass., 22 janv. 1879), D., 79. 1. 121, S., 79. 1. 252.

(3) V. les autorités citées à la note 4 de la page précédente.

(4) Pont, II, 1001; Aubry et Rau, § 273, texte et note 7, III, 4e éd. p. 337, 5e éd. p. 556-557; Colmet de Santerre, IX, 129 *bis*-I; Guillouard, III, 1181; Huc, XIII, 338; Planiol, II, 2961. — Req., 30 juillet 1878, D., 79. 1. 366, S., 79. 1. 154. — V. *supra*, I, 645, 864II et II, 965, 1665II.

fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur, une inscription particulière sur chacun des immeubles nouvellement acquis. C'est une conséquence nécessaire des principes de la loi. L'hypothèque ne saisit ces immeubles qu'au moment où ils entrent dans le patrimoine du débiteur; elle ne les affecte donc qu'à ce moment et, pour produire ses effets, elle a besoin d'être vivifiée par une inscription spécialisée conformément à notre art. 2148; elle ne prendra donc rang qu'à la date de cette inscription [1], et celle-ci doit être postérieure à l'acquisition réalisée [2].

1671. Il résulte de là une grande inégalité de situation entre le créancier pourvu d'une hypothèque judiciaire ou d'une hypothèque légale générale et celui au profit duquel a été consentie une constitution d'hypothèque conventionnelle portant sur les biens présents et à venir. L'inscription requise par le premier saisit les immeubles nouvellement acquis par le débiteur au moment même où ils entrent dans le patrimoine de celui-ci, et prend rang aussitôt. Au contraire, le créancier bénéficiaire d'une hypothèque conventionnelle sur les biens présents et à venir est obligé de requérir une nouvelle inscription lors de chaque acquisition réalisée par son débiteur, et son hypothèque ne prendra rang qu'à la date de cette inscription. Il arrivera donc nécessairement que le créancier à hypothèque générale, primé sur les biens présents du débiteur par un créancier à hypothèque conventionnelle, primera ce dernier sur les biens à venir également affectés à la garantie de l'un et de l'autre.

Cette conséquence des principes blesse l'équité. Le législa-

(1) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 12 *in fine;* Persil, I, sur l'art. 2130, V; Grenier, I, 62; Troplong, II, 540; Duranton, XIX, 379; Pont, II, 685, et *Rev. de législ.*, 1846, II, p. 327; Aubry et Rau, § 273, III, 4e éd. p. 337, 5e éd. p. 556; Colmet de Santerre, IX, 97 *bis*-I; Thézard, 66; Gillard, *Const. hyp. conv.*, 277; Guillouard, II, 965, III, 1180. — Paris, 23 fév. 1825, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1303, S., 35. 2. 209. — Paris, 20 (ou 26) juill. 1836, *J. G.*, eod. v°, 1303. — Poitiers, 23 fév. 1844, *J. G.*, eod. v°, 1303, S., 45. 2. 212. — Civ. cass., 27 avril 1846, D., 46. 1. 224, S., 46. 1. 369. — Grenoble, 17 fév. 1847, D., 48. 2. 52, S., 48. 2. 55. — Caen, 18 août 1871, D., 73. 2. 228. — *Contra* Favard, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, n. 10; Rolland de Villargues, v° *Hyp.*, 282; Huc, XIII, 223. — Angers, 14 juill. 1842, S., 42. 2. 469, cassé par l'arrêt du 27 avril 1846, cité *supra*.

(2) Req., 4 mars 1902, D., 02. 1. 214, S., 02. 1. 161.

teur aurait dû fournir le moyen de la prévenir. Il semble qu'on pouvait le faire facilement ; il suffisait d'accorder au créancier bénéficiaire d'une hypothèque conventionnelle sur les biens à venir un délai, avant l'expiration duquel il serait tenu de prendre inscription de manière à conserver son rang à l'égard des créanciers à hypothèque générale. La loi ne l'a pas fait. On peut le regretter. Cependant nous hésiterions à approuver pleinement ce reproche. La rétroactivité de l'inscription prise pourrait nuire aux créanciers auxquels le débiteur aurait depuis l'acquisition consenti de nouvelles hypothèques et qui les auraient fait inscrire dans ce délai. Il y aurait là une véritable injustice ou bien nul ne consentirait à traiter avec le débiteur sur la foi de semblables garanties avant l'expiration du délai. Toutefois il serait possible de concilier tous les intérêts en limitant à un temps assez court le délai accordé au créancier muni d'une hypothèque conventionnelle sur les biens à venir.

1672. Nous terminerons par une dernière observation. Les hypothèques légales générales et les hypothèques judiciaires sont également dispensées de l'indication spéciale des immeubles sur lesquels l'inscription est requise. Le créancier, pourvu d'une hypothèque judiciaire, peut, à son choix, requérir une inscription générale ou spéciale [1]. Quels que soient les termes de sa réquisition, il conserve en principe l'intégralité de son droit, et il pourra toujours le publier utilement ; mais l'hypothèque ne produira ses effets à l'égard des tiers que dans la mesure où la publicité aura été réalisée. Il est donc prudent de requérir expressément inscription sur tous les biens présents et à venir du débiteur condamné. Une inscription requise d'une manière générale sur *tous les biens* du débiteur serait-elle suffisante ? La solution est douteuse ; car on peut se demander si cette formule vague et équivoque suffit pour avertir les tiers [2].

[1] Aubry et Rau, § 273, III, 4e éd. p. 337, 5e éd. p. 557 ; Guillouard, II, 917, III, 1182 ; Beudant, II, 681. — Req., 21 nov. 1827, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1389, S., 28. 1. 163.

[2] V. en faveur de l'inefficacité de l'inscription en ce qui concerne les biens à venir Limoges, 3 juin 1871, D., 72. 2. 88, S., 71. 2. 84. — *Contra* Guillouard, II, 917.

Au contraire, les personnes chargées de prendre, au nom des intéressés, inscription d'une hypothèque légale générale ne rempliraient pas leur obligation en spécialisant l'inscription. Sans doute l'hypothèque, dont l'efficacité à l'égard des tiers ne serait pas soumise à la condition de la publicité, n'en continuerait pas moins d'être opposable avec toute son étendue ; mais la responsabilité du requérant pourrait être engagée, même vis-à-vis des tiers (V. not. art. 2137).

1673. L'hypothèque maritime qui ne peut être établie que par la convention des parties, est soumise, comme l'hypothèque conventionnelle sur les immeubles, à des mesures de publicité analogues à celles de l'art. 2148. Nous allons les faire connaître très rapidement en insistant seulement sur les points par lesquels cette législation spéciale diffère du droit commun.

Comme l'art. 2148, l'art. 8 de la loi du 10 juillet 1885, reproduisant l'art. 8 de la loi du 10 décembre 1874, décide que le requérant devra présenter l'original sous seing privé ou en brevet ou une expédition authentique, s'il en existe minute, de l'acte constitutif de l'hypothèque. A la différence de l'art. 2150, cet article ordonne que l'original sous seing privé ou en brevet reste déposé entre les mains du receveur des douanes. Cette formalité n'est pas cependant substantielle, conformément aux règles de la loi civile. Un amendement présenté par M. Clapier proposait d'en sanctionner l'inaccomplissement par la nullité de l'inscription. Il n'a pas été adopté.

1674. Le requérant y joint deux bordereaux, dont l'un peut être porté sur le titre présenté. C'est évidemment celui-ci que le receveur conservera, en exécution de l'art. 8, lorsque le titre constitutif sera sous signature privée ou en brevet ; c'est au contraire celui-ci qu'il rendra, lorsqu'on lui aura présenté une expédition du titre reçu en minute.

Ces bordereaux doivent être signés par le requérant. C'est là une différence importante avec les règles du code civil.

Cette innovation avait été critiquée en 1874, par M. Sebert, qui proposait d'appliquer à l'hypothèque maritime la règle admise sous le code civil pour l'hypothèque immobilière. Le rapporteur répondit : « L'acte sous seing privé ne présen-

» tant pas certaines des garanties qu'offre l'acte authentique, » nous avons cru trouver un supplément de garantie dans la » nécessité de faire signer le bordereau par le bénéficiaire de » l'acte hypothécaire. J'ajoute que cela est utile à un autre » point de vue. Il ne faut pas, si des questions de responsa- » bilité, d'insuffisance de rédaction du bordereau, d'insuffi- » sance de la formule d'inscription hypothécaire sur le regis- » tre des douanes, viennent à se soulever, il ne faut pas qu'on » puisse ignorer sur qui faire retomber la responsabilité, » tandis que, sur un bordereau signé, la garantie est inscrite » textuellement, *ipsis verbis*, sur les registres des douanes. » S'il y a alors une faute commise par l'auteur du bordereau, » par la partie qui doit en retirer bénéfice, il ne peut s'en » prendre qu'à lui du préjudice qu'il peut éprouver ».

Cette dernière considération est générale et s'appliquerait aussi bien à l'hypothèque immobilière qu'à l'hypothèque maritime. Or, elle n'a pas touché les rédacteurs de notre code civil, qui n'impose pas cette formalité. Nous ne voyons aucun motif pour soumettre à cet égard l'hypothèque maritime à une règle différente.

Reste la première considération invoquée par le rapporteur. Elle est spéciale à l'hypothèse de la constitution de l'hypothèque par un acte sous signature privée ; elle ne peut être invoquée, lorsque cette garantie a été établie par un acte notarié en brevet ou en minute. Elle ne suffit donc pas pour justifier une disposition qui s'applique dans toutes les hypothèses. La règle de l'art. 8 est en effet générale, la signature du requérant est exigée dans tous les cas, quelle que soit la forme de l'acte constitutif, sous signature privée ou notariée [1].

Aussi serions-nous portés à penser que cette formalité n'est pas substantielle, que son inobservation n'est pas sanctionnée par la peine de la nullité de l'inscription. L'inscription n'est qu'une mesure de publicité ; il ne saurait y avoir de substantielles que les énonciations prescrites dans l'intérêt des tiers, pour leur faire connaître les charges qui grèvent les

[1] Mallet, *L'hyp. marit.*, p. 68 ; Desjardins, V, 1219 ; Lyon-Caen et Renault, VI, 1637.

biens à eux offerts en garantie. La personnalité du requérant leur est indifférente. Par conséquent, la signature, qui a pour but de la leur faire connaître, ne saurait être considérée comme une formalité substantielle.

On pourrait cependant concevoir une autre théorie beaucoup plus large et bien plus satisfaisante. L'inscription ne peut être requise que par le créancier ou par un tiers agissant en son nom. La validité de l'inscription dépendrait de la régularité de la réquisition et de la qualité du requérant. La signature du requérant serait un moyen de vérifier l'accomplissement des conditions légales. Les tiers auraient, dans cet ordre d'idées que nous croyons absolument vrai en thèse, intérêt à connaître le nom du requérant pour pouvoir vérifier la validité de l'inscription. La signature du bordereau deviendrait une formalité substantielle. Mais cette théorie devrait être générale, elle s'appliquerait à l'hypothèque immobilière aussi bien qu'à l'hypothèque maritime. Or elle n'a pas été édictée pour la première; elle n'a pas davantage été consacrée en matière maritime. Ce n'est pas dans l'intérêt des tiers que la signature des bordereaux y est exigée. L'intérêt du créancier a été le motif déterminant de la législation nouvelle. On a voulu lui donner un moyen facile de connaître celui auquel il peut s'adresser pour obtenir la réparation du préjudice causé par la nullité de l'inscription. Dans ces conditions, il nous paraît impossible de considérer la signature des bordereaux comme une formalité substantielle, exigée à peine de nullité.

1675. Les énonciations que les bordereaux doivent contenir sont à peu près celles que nous avons déjà rencontrées dans l'art. 2148. En voici l'énumération :

1° Les noms, prénoms et domicile du créancier et du débiteur, et leur profession, s'ils en ont une;

2° La date et la nature du titre;

3° Le montant de la créance exprimée dans le titre;

4° Les conventions relatives aux intérêts et au remboursement;

5° Le nom et la désignation du navire hypothéqué, la date de l'acte de francisation ou de la déclaration de la mise en construction;

6° Election de domicile, par le créancier, dans le lieu de la résidence du receveur des douanes [1].

Empruntée en majeure partie à l'art. 2148, cette disposition de l'art. 8 de la loi de 1885 est sanctionnée de la même manière.

La loi ne parle pas, comme l'art. 2148-4°, des accessoires de la créance et en particulier des *frais*. D'excellents auteurs en concluent que les frais ne sont pas garantis *de plein droit* par l'hypothèque [2]. Il faut, à cet égard, une stipulation formelle et alors les frais seront ajoutés au montant de la créance et devront être exprimés dans l'acte.

1676. Le receveur des douanes (art. 9, L. 10 juill. 1885), comme le conservateur des hypothèques (art. 2150), « fait » mention sur son registre du contenu aux bordereaux, et » remet au requérant l'expédition du titre, s'il est authenti- » que, et l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir » fait l'inscription ». Il n'y a plus lieu, comme sous l'empire de l'art. 6 de la loi de 1874, de mentionner l'inscription 1° sur l'acte constitutif de l'hypothèque, 2° sur l'acte de francisation. Ces formalités ont été supprimées par la loi de 1885, qui n'en parle pas.

Le rôle du receveur des douanes présente donc la plus grande analogie avec le rôle du conservateur des hypothèques. En principe, il est purement passif. Ce fonctionnaire se borne à transcrire les énonciations portées sur les bordereaux. Cependant la circulaire de 1875 semble lui confier une mission plus étendue. Elle lui conseille d'avertir les intéressés des irrégularités que les pièces remises en vue de l'inscription lui paraissent présenter, spécialement en ce qui concerne les énonciations relatives à la désignation du navire hypothéqué. Elle fait ressortir l'importance qu'il y aurait à reproduire les principales indications de l'acte de francisation, pour prévenir toute confusion. « Si, nonobstant les observa- » tions du receveur, ajoute la circulaire, les intéressés per- » sistaient à requérir une inscription immédiate, le receveur

[1] Il a été jugé que cette formalité est substantielle. Douai, 9 juill. 1891, D., 95. 2. 275.

[2] De Valroger, III, 1214; Desjardins, V, 1219.

» pourrait l'opérer, mais en exigeant que le créancier en fît » la réquisition expresse ».

1677. La circulaire de 1875 permet au receveur d'exiger que la déclaration relative au changement du domicile élu soit constatée par acte devant notaire, s'il ne connaît pas personnellement le créancier ou s'il a des doutes sur sa capacité. La circulaire nous paraît contraire à la loi. De quel droit le receveur pourrait-il réclamer une déclaration notariée du changement de domicile, alors que l'hypothèque peut être constituée par acte sous signature privée ? Pourquoi imposer un acte notarié, alors qu'il ne s'agit en réalité que d'un certificat d'individualité et que les notaires n'ont pas de monopole pour les actes de cette nature ? Les critiques, formulées à ce point de vue contre la circulaire (1), nous semblent donc absolument fondées.

1678. Ajoutons enfin, et sans entrer dans des développements plus étendus qui nous entraîneraient en dehors de notre sujet, que la circulaire permet au receveur des douanes de refuser de mentionner sur ses registres les mutations opérées par suite d'héritage ou de donation, de subrogation aux droits du créancier primitif ou de transmission même par voie d'endossement, si ces mutations ne résultent pas d'*actes ou de titres authentiques*. Ici encore les prescriptions de la circulaire nous paraissent en opposition avec l'esprit et les principes des lois de 1874 et de 1885. L'hypothèque maritime peut être constituée par acte sous signature privée. Comment les transmissions qui s'en opèrent seraient-elles soumises à des règles plus rigoureuses, à moins que l'acte qui les produit ne soit un acte solennel, soumis à ce titre à des formalités particulières (2) ?

N° 2. L'exception.

1679. Les règles que nous venons d'exposer et qui constituent le droit commun en matière d'inscriptions reçoivent exception relativement aux hypothèques légales de l'art. 2121. Toutefois, l'exception ne s'applique qu'autant qu'elles

(1) Desjardins, V, 1221.
(2) Desjardins, V, 1222.

ont conservé leur caractère d'hypothèques *purement légales* (art. 2153). Si elles avaient été cantonnées sur certains immeubles spécialement désignés par suite de restriction ou de réduction, elles devraient être inscrites conformément aux règles du droit commun en ce qui concerne la désignation des immeubles grevés.

Les dispositions, dont nous abordons le commentaire, continuent de s'appliquer aux hypothèques légales dispensées d'inscription après que la dispense a cessé. Cette circonstance ne saurait modifier leur nature et leur enlever le caractère d'hypothèques légales [1]. Nous croyons qu'il en serait ainsi même dans le cas où l'inscription n'aurait pas été requise dans le délai d'un an fixé par l'art. 8 de la loi de 1855 [2].

1679 I. L'inscription des hypothèques légales de l'art. **2121** a été soustraite, par la force même des choses, à une grande partie des exigences de l'art. **2148**. Ainsi, tout d'abord, les hypothèques dont il s'agit ayant leur source dans la loi, il ne sera pas nécessaire (ce serait d'ailleurs impossible) de présenter au conservateur le titre qui a donné naissance à l'hypothèque [3], ni par suite d'indiquer dans les bordereaux d'inscription la date et la nature de ce titre. Il aurait pu y avoir intérêt à connaître la date du fait générateur de l'hypothèque lorsqu'il s'agit d'une hypothèque dont le rang est déterminé par la loi, ou de l'acte qui a donné naissance à la créance de la femme, par exemple lorsqu'il s'agit de l'aliénation d'un de ses propres ou d'une obligation par elle contractée conjointement ou solidairement avec son mari. La loi ne l'exige pas; nous ne pouvons imposer cette formalité. Le législateur a pensé que les tiers seraient facilemennt renseignés sur la date de la célébration du mariage ou de l'ouverture de la tutelle. Cela suffisait dans le système primitif du code : l'hypothèque légale de la femme avait une date unique,

(1) Caen, 18 juin 1879, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1149, S., 80. 2. 201. — Bordeaux, 18 nov. 1890, D., 94. 2. 569.

(2) Cpr. sur cette question Caen, 27 janv. 1870, D,, 71. 2. 99. — Req., 20 mars 1872, D., 72. 1. 401, S., 72. 1. 164. — *Contra* André, 856. — V. *infra*, II, 1685.

(3) Grenier, I, 84; Pont, II, 939; Aubry et Rau, § 275 texte et note 2, III, 4e éd. p. 342, 5e éd. p. 563; Guillouard, III, 1101, 1105.

comme l'hypothèque légale du mineur. Après les modifications profondes qu'a subies l'art. 2135, il aurait été bon de corriger sur ce point la disposition de l'art. 2153. On a oublié de le faire. Cet oubli s'explique facilement, si on se rappelle que l'efficacité de l'hypothèque légale de la femme est indépendante de toute publicité.

1680. Ce n'est pas la seule particularité que présentent ici les bordereaux d'inscription. La loi n'exige pas qu'ils contiennent :

1° *L'évaluation de ceux des droits garantis par l'hypothèque légale, dont le montant n'est pas connu et déterminé à l'avance;*

2° *L'époque de l'exigibilité.* Comment savoir en effet quand finira la tutelle, quand se dissoudra le mariage... (1)?

3° *L'indication de chacun des immeubles sur lesquels porte l'hypothèque* (art. 2148-3°). A quoi cette indication serviraitelle, puisque les tiers savent ou doivent savoir que l'hypothèque est générale, et qu'elle affecte par suite tous les immeubles du débiteur, présents et à venir?

1681. Que doivent donc contenir les bordereaux d'inscription? L'art. 2153 va nous l'apprendre :

« *Les droits d'hypothèque purement légale de l'Etat, des* » *communes et des établissements publics sur les biens des* » *comptables, ceux des mineurs ou interdits sur les tuteurs,* » *des femmes mariées sur leurs époux, seront inscrits sur la* » *représentation de deux bordereaux, contenant seulement,* » — 1° *Les nom, prénom, profession et domicile réel du créan-* » *cier, et le domicile qui sera par lui, ou pour lui, élu dans* » *l'arrondissement ;* — 2° *Les nom, prénom, profession, domi-* » *cile, ou désignation précise du débiteur;* — 3° *La nature* » *des droits à conserver, et le montant de leur valeur quant* » *aux objets déterminés, sans être tenu de le fixer quant à* » *ceux qui sont conditionnels, éventuels, ou indéterminés* » (2).

1682. De ces énonciations une seule appelle des explica-

(1) Aubry et Rau, § 276, note 5 *bis in fine,* III, 5e éd. p. 568.

(2) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 89. — Monaco, *C. civ.*, art. 1992. — Valais, *C. civ.*, art. 1905. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1234. — Roumanie, *C. civ.*, art. 1783. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 68. — Haïti, *C. civ.*, art. 1920.

tions particulières. Les autres, contenues aux 1° et 2° de l'article, sont identiques à celles que nous avons rencontrées dans l'art. 2148 et sont régies par les mêmes règles.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne les droits à conserver. La loi exige l'indication de leur nature et du montant de leur valeur quant aux objets déterminés (1), sans qu'on soit tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. Remarquons, sans insister, que la loi commet ici l'inexactitude que nous avons déjà signalée dans les art. 2132 et 2148-4° (2). Elle paraît soumettre à la même règle les droits conditionnels ou éventuels et les droits indéterminés. Cette assimilation serait une erreur. Les droits conditionnels ou éventuels peuvent avoir pour objet une valeur déterminée ou indéterminée. Dans le premier cas, il ne peut être question d'exiger une évaluation qui serait ordinairement inexacte, supérieure ou inférieure à la vérité. Nous l'avons dit en parlant des hypothèques conventionnelles. Il faut alors indiquer le montant exact de la créance et faire connaître l'événement à l'accomplissement duquel l'existence en est subordonnée. C'est dans le cas seulement où la créance est indéterminée que l'évaluation en est prescrite par la loi. C'est dans ce cas seulement que le créancier pourvu d'une hypothèque légale en est dispensé.

Il suffira donc, si les droits de la femme sont indéterminés, que l'inscription soit prise d'une manière générale pour sûreté des droits, créances ou reprises que la femme a ou pourra avoir à exercer contre son mari (3).

Si l'inscription n'a été prise qu'à raison d'une certaine nature de droits, *v. g.* pour sûreté de la dot, cette circonstance qui ne peut nuire à la femme tant que son hypothèque est dispensée d'inscription (4), la mettra dans l'impossibilité d'invoquer son hypothèque à raison de ses autres créances, lors-

(1) La cour de Toulouse a décidé que cette indication est substantielle, toutes les fois qu'elle est possible, 23 janv. 1903, D., 04. 2. 309.

(2) *Supra*, II, 1401, 1402, 1652.

(3) Douai, 7 déc. 1893, D., 94. 2. 321.

(4) Chambéry, 1er mai 1874, D. (sous Req., 3 fév. 1875), 75. 1. 486, S., 75. 2. 275 (*Note* de M. Labbé).

que la dispense aura cessé si une inscription régulière n'a pas été requise en temps utile [1].

1683. Après cet exposé général recherchons dans quelles hypothèses la créance du mineur ou de la femme mariée sera déterminée et dans quelles hypothèses la validité de l'inscription dépendra de la mention de son chiffre. Il est évidemment nécessaire que le montant de la créance soit déterminé au moment où l'inscription est requise [2]. C'est à ce moment qu'il faut se placer pour apprécier la régularité de l'inscription.

En ce qui concerne le mineur, il semble bien qu'aucune difficulté ne peut se présenter. Il n'a contre son tuteur qu'une seule créance, il est créancier du reliquat de son compte de tutelle. Par conséquent, tant que dure la tutelle, sa créance est indéterminée; l'inscription qui peut être prise de son hypothèque garantit donc une créance dont il est impossible de fixer actuellement le chiffre et que l'inscrivant est dispensé d'évaluer par l'art. 2153. Cette solution est incontestable, si le mineur ou l'interdit jouit encore du bénéfice de la dispense d'inscription. Il est évident que l'inexactitude commise dans le bordereau ne peut pas nuire à l'incapable, puisque l'absence de toute inscription ne porterait aucune atteinte à son droit. Mais il pourrait en être autrement si, pendant la tutelle ou après sa cessation, il devenait nécessaire de faire inscrire l'hypothèque. La même solution doit cependant être admise. La créance du mineur est nécessairement indéterminée, tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu. Il suffira donc que l'inscription soit prise pour sûreté des droits de créance appartenant au mineur contre son tuteur à raison de la gestion de celui-ci. Même après la reddition du compte de tutelle, le mineur a encore contre son tuteur un droit indéterminé; c'est l'action en redressement de ce compte. L'inscription devra en conséquence indiquer d'une part le montant exact de la créance déterminée par le compte de tutelle, d'autre part mentionner les autres droits et créances

[1] Req., 20 mars 1872, D., 72. 1. 401, S., 72. 1. 164. — Grenoble, 15 janv. 1880, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1130, S., 82. 2. 185. — Civ. rej. (sur ce point), 25 avril 1882, D., 82. 1. 371, S., 82. 1. 441.

[2] Req., 13 nov. 1889, D., 91. 1. 483.

que le mineur pourrait avoir contre son tuteur sans qu'on soit tenu d'en faire une évaluation. Elle serait par trop incertaine ; la loi, qui protège l'incapable, n'a pas voulu que ses droits fussent exposés à un aussi grave danger. Elle le dispense de toute évaluation, même après la majorité.

1684. La règle de l'art. 2153 s'applique à l'hypothèque légale de la femme mariée ; l'inscription devra donc mentionner le montant des créances de la femme, lorsque le chiffre en aura été fixé au moyen d'une liquidation faite après la dissolution du mariage ou la séparation de biens. L'absence d'une indication précise en entraînerait la nullité [1].

Mais supposons que cette liquidation n'ait pas été faite soit parce qu'il n'y a pas encore été procédé, soit parce que le mariage n'est pas dissous et que les époux ne sont pas séparés de biens. La femme peut avoir contre son mari des créances dont le chiffre est dès à présent connu. Elle peut avoir droit à la restitution de son apport dotal, dont la valeur a été indiquée dans le contrat de mariage ; elle peut avoir droit à la restitution de sommes à elle advenues pendant le mariage par succession, donation ou legs, et dont le montant est déterminé soit dans un acte de partage, soit dans l'acte de donation, soit dans le testament. Elle peut être créancière du prix d'un de ses biens personnels aliénés pendant le mariage, si ce prix a été versé entre les mains du mari. Elle peut aussi prétendre à des dommages-intérêts à raison des fautes commises par le mari dans son administration ou à une indemnité à raison de fruits perçus pour son compte. De ces créances, les unes sont dès à présent déterminées, les autres sont indéterminées. Pour ces dernières, il est certain que leur évaluation n'est pas requise dans l'inscription de l'hypothèque légale prise par la femme ou en son nom. Mais l'art. 2153 n'impose-t-il pas l'obligation d'indiquer le montant des premières dans l'inscription ?

[1] Pont, II, 997 ; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 345-346, 5e éd. p. 570 ; Guillouard, III, 1187. — Rouen, 13 juin 1850, D., 50. 2. 120. — Aix, 20 nov. 1891, D., 92. 2. 585, S., 92. 2. 17. — Bordeaux, 27 nov. 1894, D., 96. 2. 366. — Cpr. *Note* de M. Planiol, dans D., 92. 2. 585. — Civ. rej., 2 mai 1904, Req., 13 juill. 1904, S., 05. 1. 481 (*Note* de M. Lyon-Caen).

Dans la doctrine, cette question est résolue par la négative [1]. On soutient que jusqu'à leur liquidation à la suite de la dissolution du mariage ou d'une séparation de biens judiciaire les droits de la femme sont indéterminés, que leur chiffre dépend des éventualités de l'avenir, que le mari peut, de son côté, acquérir des créances contre la femme par suite de grosses réparations faites à un de ses immeubles personnels ou de constructions élevées sur un de ses propres, que ces créances se compenseront avec les créances de la femme et que les droits de celle-ci sont variables, incertains et par suite indéterminés. Malgré la tendance contraire des cours d'appel, la cour de cassation a, par deux arrêts récents, consacré cette opinion qui avait été également adoptée par plusieurs décisions judiciaires [2]. Cette solution trouverait son point d'appui dans la théorie d'après laquelle chacun des époux n'est, en définitive, créancier ou débiteur de récompenses que d'après les résultats de la balance faite lors de la dissolution de la société conjugale.

On invoque également en ce sens les travaux préparatoires. Bigot du Préameneu, dans le premier rapport présenté au nom d'une partie de la section de législation sur les motifs du régime hypothécaire adopté dans le projet de code civil, s'exprime ainsi (séance du 12 pluviôse an XII) [3] : « Les » hypothèques indéterminées ne sont pas susceptibles d'éva- » luation, même approximative. Comment apprécier les » droits qui peuvent, pendant tout le cours du mariage, » devenir l'objet de l'hypothèque d'une femme sur les biens » de son mari ? Comment prévoir les résultats d'une mau- » vaise administration, les droits qu'il aura laissé prescrire, » les biens qui surviendront à la femme par succession ou » autrement et qu'il n'aura ni constatés, ni conservés, en

[1] Pont, II, 997 ; Aubry et Rau, § 276, texte et note 12, III, 4e éd. p. 345-346, 5e éd. 570-572 ; André, 840 ; Labbé, *Note* dans S., 82. 2. 185 ; Planiol, *Note* dans D., 92. 2. 585 ; Amiaud, *Journ. du notar.*, 92, p. 131.

[2] Rouen, 13 juin 1850, D., 50. 2. 120. — Douai, 7 décembre 1893, D., 94. 2. 321. — Bordeaux, 27 nov. 1894, D., 96. 2. 366. — Agen, 1er mars 1898, D., 98. 2. 183. — Civ. (rej. sur ce point), 2 mars 1904, Req., 13 juillet 1904, S., 05. 1. 481. (*Note* de M. Lyon-Caen).

[3] Fenet, XV, p. 235 ; Locré, XVI, p. 119 s.

» un mot tous les genres de fautes dont il est responsable ? » Comment évaluer les gains nuptiaux qui dépendent de » l'événement de la survie ?... ». Dans la même séance, Tronchet s'est exprimé dans le même sens [1] : « C'est contre le » mari dissipateur que l'hypothèque légale est établie ; or un » tel mari se gardera bien de prévenir son épouse des chan- » gements qui seront survenus dans sa fortune. Que si la » femme le découvre par quelque autre moyen, il lui est bien » difficile d'en tirer avantage n'ayant sous la main ni le con- » trat de mariage qui forme son titre, ni les fonds nécessaires » pour payer les frais d'inscription... Supposons cependant, » contre toute vraisemblance, que l'inscription puisse être » prise, comment la spécialiser ? *Les reprises de la femme* » *sont indéterminées*. On a proposé à ce sujet de les évaluer » et de les inscrire, pour ainsi dire, à forfait. Il en résulterait » d'abord un procès sur l'évaluation. Ensuite, peut-on prévoir » les événements qui, peut-être, changeront l'état actuel des » choses ? Il est possible qu'une femme dont les droits pré- » sents ne s'élèvent qu'à une modique somme de 3 ou 4.000 fr. » recueille une succession mobilière qui porte les reprises à » 200.000 fr. D'ailleurs, c'est détruire l'essence du contrat que » de déterminer à l'avance les reprises, car le mari est indé- » finiment engagé à restituer tous les biens qui écherront à » la femme ». Le premier consul donne la conclusion de ce débat en ces termes [2] : « Il faut la publicité, il faut la spécia- » lité, mais il faut aussi qu'elle ne puisse nuire aux hypothè- » ques légales ».

Dans la séance du 19 pluviôse an XII, Portalis développe les mêmes idées [3]. Bigot du Préameneu dit aussi dans cette même séance [4] : « La faveur due aux droits des femmes, » des mineurs, du gouvernement, a fait établir les hypothè- » ques légales ; elles sont nulles si elles n'ont leur effet par la » seule disposition de la loi, parce que *de leur nature elles* » *répondent d'obligations indéterminées*. En effet, la respon-

[1] Fenet, XV, p. 292 ; Locré, XVI, p. 181 s.
[2] Fenet, XV, p. 303 ; Locré, XVI, p. 193.
[3] Fenet, XV, p. 305 ; Locré, XVI, p. 195 s.
[4] Fenet, XV, p. 316 ; Locré, XVI, p. 208.

» sabilité des comptables, des maris, des tuteurs, des admi-
» nistrateurs, est *éventuelle;* personne ne peut en prévoir
» d'avance les limites ».

C'est à la suite de ces discussions que fut rédigé le projet de notre titre, dans lequel nous trouvons à l'art. 62 les dispositions qui sont devenues l'art. 2153.

1685. Ces documents lèveraient tous les doutes, si les règles du projet de code n'avaient pas été modifiées profondément sur la demande du tribunat, comme nous l'avons dit [1]. Dans le système du projet, l'hypothèque légale de la femme avait un rang unique déterminé par la date de la célébration du mariage. C'est ainsi que s'explique l'exemple cité par Tronchet d'une succession mobilière échue au cours du mariage et qu'il était impossible de prévoir et d'évaluer par anticipation. Il ne se comprend plus du moment où l'hypothèque légale ne prend rang de ce chef qu'à la date de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire à une époque où on peut connaître exactement le chiffre de la reprise de la femme. Dans le système du projet primitif, on pouvait soutenir avec quelque apparence de raison que la créance de la femme était une, de même qu'elle était garantie à une date unique, et que par suite elle était indéterminée.

Mais ces dispositions ont été complètement changées sur la proposition du tribunat, dans la séance du conseil d'Etat du 22 ventôse an XII. Cette considération enlève toute valeur aux arguments tirés des travaux préparatoires. La discussion au cours de laquelle ces théories ont été émises est antérieure aux modifications que le législateur a apportées au projet. Désormais, l'hypothèque légale de la femme prend rang à des dates diverses, suivant l'origine de la créance qu'elle garantit ou mieux elle garantit la créance de la femme jusqu'à concurrence de certaines valeurs à des dates variées suivant les distinctions de l'art. 2135 [2]. N'en résulte-t-il pas nécessairement qu'on doit agir, à l'égard des tiers, comme si la femme avait contre son mari autant de créances distinctes que

(1) *Supra,* II, 1465.
(2) *Supra,* II, 1497 I.

son hypothèque légale a de rangs différents? Par conséquent, ne faut-il pas apprécier le caractère de chacune de ces créances en elle-même et déterminer en conséquence les règles qui régissent l'inscription de l'hypothèque à ces différents points de vue? La femme peut avoir contre son mari des créances dont le chiffre est connu pendant le mariage, bien que ces créances soient soumises à certaines éventualités. Cette incertitude lui fait refuser le droit de recevoir actuellement le montant de ces sommes, comme nous le verrons en matière de purge (1), mais elle n'empêche pas les créances d'avoir un objet déterminé, et c'est entrer dans l'esprit de la loi et se conformer à son texte que d'exiger la mention du montant de ces créances, sans obliger d'ailleurs l'inscrivant à évaluer les créances indéterminées. C'est ainsi que des arrêts ont prononcé la nullité de l'inscription prise par une femme mariée ou en son nom au cours du mariage, parce qu'on n'y avait pas mentionné la valeur de celles de ses créances dont le montant était déterminé par le contrat de mariage ou par un autre titre connu de la femme (2).

Mais si la femme possède contre son mari, indépendamment de la créance dont le montant est déterminé, d'autres créances dont l'objet est indéterminé, elle ne sera pas tenue d'en faire l'évaluation dans l'inscription. Il en est certainement ainsi pendant le mariage, même après la séparation de biens, et aussi après la dissolution du mariage si l'inscription est requise dans le délai d'un an qui suit cette dissolution. Nous croyons même que cette règle continue de s'appliquer après l'expiration de ce délai. On objecte cependant que l'hypothèque légale perd alors les privilèges qui y étaient attachés, qu'elle rentre dans le droit commun au point de vue de l'inscription, qu'elle est régie par l'art. **2148** et que l'évalua-

(1) *Infra*, III, 2571.

(2) Montpellier, 4 août 1890, D., 91. 2. 234, S. (avec Cass., 8 janv. 1894), 96. 1. 319. — Aix, 20 nov. 1891, D., 92. 2. 585, S., 92. 2. 17. — Limoges, 28 janv. 1899, D., 00. 2. 111. — Req., 27 juin 1899, D., 00. 1. 194. — Toulouse, 23 janv. 1903, D., 04. 2. 309. — Trib. civ. Bordeaux, *Journ. des Arrêts de Bordeaux*, 04. 2. 1. — *Sic* Dalmbert, 172; Guillouard, III, 1187; Huc, XIII, 350. — Cpr. Beudant, II, 792. — Cpr. aussi Req., 20 mars 1872, D., 72. 1. 401, S., 72. 1. 164. — Req., 13 nov. 1890, D., 91. 1. 483. — Req., 27 juin 1899, D., 00. 1. 194, S., 00. 1. 229.

tion des créances indéterminées devient une des conditions substantielles de cette inscription. L'objection ne nous paraît pas fondée. L'absence d'inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage enlève bien à l'hypothèque légale de la femme le bénéfice du rang que lui attribue l'art. 2135, mais elle ne peut lui enlever sa qualité d'hypothèque légale pour la transformer en hypothèque judiciaire ou conventionnelle. Pour opérer un semblable changement il faudrait une convention ou un jugement; aucun de ces événements ne s'est produit. L'hypothèque de la femme conserve donc son caractère, elle demeure une hypothèque légale, mais son efficacité à l'égard des tiers est subordonnée, comme celle des autres hypothèques légales (art. 2134), spécialement celle des communes et des établissements publics, à la condition d'une inscription, et son rang sera déterminé par la date de cette inscription. Les conditions dans lesquelles se réalise cette publicité continuent d'être déterminées par l'art. 2153, parce qu'il s'agit d'une hypothèque légale et que la loi de 1855 n'a pas dérogé à cette disposition [1]. Nous conclurons que la femme reste dispensée de l'évaluation des créances indéterminées qui lui appartiennent contre son mari.

1685 I. Nous ne pouvons accepter la doctrine consacrée par la cour de cassation [2] qui, parce que les créances de la femme sont pendant le mariage variables et incertaines, décide qu'elles sont indéterminées dans le sens de l'art. 2153 et que l'inscription prise d'une manière générale pour la sûreté de ses droits et reprises est valable.

Cette interprétation nous paraît en opposition avec la volonté des rédacteurs du code.

Ils avaient complètement pourvu aux intérêts de la femme en décidant : 1° que son hypothèque serait dispensée d'inscription pour toutes ses créances, déterminées ou indéterminées; 2° que le bénéfice de cette dispense serait perpétuel et

(1) Caen, 18 juin 1879, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1149, S., 80. 2. 201. — Bordeaux, 18 nov. 1890, D., 94. 2. 569. — Cpr. Req., 20 mars 1872, D., 72. 1. 401, S., 72. 1. 164. — *Contra* André, 856.

(2) Civ. rej., 2 mars 1904, Req., 13 juil. 1904, S., 05. 1. 481 (*Note* de M. Lyon-Caen).

pourrait toujours être invoqué, même après la dissolution du mariage, à quelque époque que ce fût. Dès lors, quand l'art. 2153 règle les formalités de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée, il ne peut avoir en vue que les intérêts du crédit hypothécaire du mari et les intérêts des tiers avec lesquels celui-ci est en relations. Or à cet égard il importe que les charges hypothécaires grevant les immeubles du mari soient rendues publiques dans la mesure du possible. C'est pourquoi la loi dans cet art. divise en quelque sorte la créance de la femme, distingue les créances ayant des objets déterminés de celles qui ont des objets indéterminés. C'est pourquoi elle exige que la valeur des premières figure dans l'inscription et qu'on y indique les sommes connues jusqu'à concurrence desquelles l'hypothèque peut être invoquée aux dates fixées par la loi tandis qu'elle n'impose aucune évaluation pour les secondes. La dernière jurisprudence de la cour de cassation va directement à l'encontre de la loi et compromet l'intérêt des tiers ainsi que le crédit du mari.

Sans doute l'art. 8 de la loi de 1855 a limité la dispense d'inscription accordée à la femme et la nullité de l'inscription pourrait compromettre ses droits. Mais ce résultat n'a rien qui blesse la justice. La femme connaît ou doit connaître les créances qu'elle a contre son mari; si elles ont un objet déterminé elle en connaîtra la valeur et pourra sans peine l'indiquer dans l'inscription.

1686. L'interprétation que nous donnons ainsi à l'art. 2153 n'est pas sans présenter dans la pratique quelques inconvénients. On peut admettre à la rigueur que la femme doit connaître le montant exact des créances déterminées qu'elle a contre son mari. Elle est obligée de les énoncer dans l'inscription qu'elle requiert; elle se contente de mentionner ses autres créances indéterminées. Mais cette inscription peut aussi être faite à la requête des parents soit du mari, soit de la femme (art. 2139). Ceux-ci pourront ignorer le chiffre exact des créances déterminées de la femme; l'inscription qu'ils requerront ne sera-t-elle pas frappée de nullité pour absence d'une formalité qu'ils n'ont pas pu

remplir ? La femme n'est-elle pas exposée à perdre le bénéfice d'une protection que la loi a voulu lui assurer ? Pour écarter complètement l'objection, il suffit d'observer que l'intervention des tiers est toujours facultative. Si la femme, si le mari chargé de la gestion des intérêts de celle-ci, ne veillent pas à la conservation de ses droits, ce n'est pas un motif pour sacrifier les tiers et le crédit public. La loi renferme dans une juste mesure la protection qu'elle accorde à la femme ; elle n'a pas voulu que les droits des tiers fussent trop gravement compromis. Ainsi s'explique la disposition transactionnelle de l'art. 2153.

Du reste, c'est seulement dans des cas exceptionnels que l'inscription de l'hypothèque légale devient nécessaire pendant le mariage ; en dehors de ces hypothèses, la femme n'est exposée à aucun danger, puisque son hypothèque est dispensée d'inscription.

1687. Les principes que nous venons de poser nous donnent la solution d'une autre question. On suppose que l'inscription de l'hypothèque légale a été prise pour des sommes spéciales et déterminées et qu'on a omis d'y faire figurer les droits éventuels qui appartenaient ou pouvaient appartenir à la femme. On suppose que l'inscription a été prise pour une somme fixe ne représentant qu'une fraction de la somme déterminée due à ce moment à la femme. On se demande alors quelle est la valeur de cette inscription, et l'étendue de la garantie qu'elle procure à la femme. Nous nous plaçons, bien entendu, dans une des hypothèses où l'inscription est indispensable pour assurer l'effet de l'hypothèque. Autrement la question ne se présenterait même pas.

Il nous paraît certain que le défaut de mention des créances indéterminées de la femme la met dans l'impossibilité de réclamer sa collocation au rang que lui donnerait l'inscription faite [1]. Sans doute, si elle est encore dans le délai utile, elle pourra faire valoir son droit de préférence survivant au droit de suite. Sans doute, s'il ne s'est pas encore écoulé une

[1] Dalmbert, 172 ; Huc, XIII, 351. — Amiens, 12 mars 1842 (sous Req., 30 déc. 1844), D., 45. 1. 72, S., 45. 1. 367. — Civ. cass., 25 avril 1882, D., 82. 1. 371, S., 82. 1. 441.

année depuis la dissolution du mariage, elle pourra compléter son inscription incomplète ou en requérir une nouvelle qui assurera pleinement l'exercice de ses créances [1]. Mais si le délai d'un an est expiré, la femme retombe sous l'empire du droit commun au point de vue du rang de son hypothèque et de l'époque à laquelle l'inscription peut être utilement requise. Si certains événements l'empêchent de conserver son hypothèque, elle sera privée du droit de l'invoquer pour ses créances indéterminées.

La même règle doit, dans les mêmes conditions, être suivie, lorsque la femme a pris inscription pour une somme déterminée inférieure au montant des créances déterminées qui lui appartenaient alors contre son mari. Elle ne peut invoquer son hypothèque que pour les créances spécifiées dans l'inscription et jusqu'à concurrence des sommes qui y sont portées. L'efficacité de l'hypothèque dépend de la validité de l'inscription, et l'effet de celle-ci dépend de la régularité des mentions qu'elle contient. Or, elle ne satisfait que pour partie aux exigences de l'art. 2153 ; dans la même mesure seulement, l'hypothèque est conservée ; pour le surplus, elle ne peut pas être opposée aux tiers. La jurisprudence s'est à bon droit prononcée en ce sens [2].

1688. Nous avons vu que la loi dispensait la femme de l'obligation de désigner spécialement l'espèce et la situation des immeubles sur lesquels elle requiert inscription. C'est une conséquence de la généralité de son hypothèque. Il suffit donc que l'inscription ait été requise sur tous les biens présents et à venir du mari pour atteindre non seulement les immeubles qui lui appartiennent actuellement ainsi que ceux qui lui adviendront dans l'avenir, mais encore ceux qu'il aurait antérieurement aliénés, s'ils sont grevés de l'hypothèque [3]. L'art. 2153 n'exige même pas formellement cette mention.

[1] Cpr. en ce sens Nîmes, 23 nov. 1869, D. (sous Req., 20 mars 1872), 72. 1. 401. — Chambéry, 1er mai 1874, D. (sous cassation), 75. 1. 486, S., 75. 2. 257.

[2] Nîmes, 23 novembre 1869, et sur pourvoi, Req., 20 mars 1872, D., 72. 1. 401, S., 72. 1. 164. — Grenoble, 15 janvier 1880, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1130, S., 82. 2. 185. — Civ. cass., 25 avril 1882, D., 82. 1. 371, S., 82. 1. 441.

[3] Trib. civ. de Sens, 27 déc. 1872, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1132.

On en a conclu qu'il suffit que l'inscription ait été faite de l'hypothèque légale pour que tous les immeubles du mari soient frappés [1]. Les tiers sont suffisamment avertis par l'indication de la nature de l'hypothèque.

Il peut arriver, en fait, que dans l'inscription on ait spécialement indiqué certains immeubles du mari et limité ainsi quant aux biens la portée de cette inscription. Quel est l'effet de cette limitation ? Il est évident qu'elle ne peut pas restreindre le droit de la femme et l'étendue de son hypothèque, au moins pendant le mariage. La réduction de l'hypothèque légale de la femme ne peut s'opérer que dans les conditions déterminées par les art. 2144 et 2145. Après la dissolution du mariage, ces dispositions cessent de recevoir leur application. La femme peut alors consentir à la réduction de son hypothèque, mais cette réduction implique une renonciation et nous ne croyons pas qu'on puisse induire un acte aussi grave du seul fait de la limitation de l'inscription. La femme pourrait donc prendre une inscription complémentaire sur les autres immeubles du mari.

1688 I. Quels sont les effets de cette limitation, lorsque, pendant le mariage, la femme s'est trouvée dans la nécessité de faire inscrire son hypothèque? Plusieurs immeubles du mari ont été vendus. Les acheteurs accomplissent les formalités de la purge des hypothèques dispensées d'inscription. La femme ne requiert inscription que sur quelques-uns des immeubles aliénés. Quelle est sa situation? Elle ne peut invoquer le bénéfice de son hypothèque que sur ces immeubles [2]. Sur les autres elle ne conserve que son droit de préférence qui a survécu à son droit de suite, et encore doit-elle le faire valoir dans les délais déterminés par la loi.

La même règle s'appliquerait aux inscriptions requises après la dissolution du mariage. Si l'inscription faite dans l'année avait été limitée à certains immeubles, l'hypothèque ne prendrait rang aux dates fixées par l'art. 2135 que sur le prix de ces immeubles; sur le prix des autres immeubles du

[1] Paris, 9 déc. 1890, D., 91. 2. 308.
[2] Paris, 15 fév. 1858, D., 58. 2. 54, S., 58. 2. 555.

mari, la femme n'aurait rang que du jour des nouvelles inscriptions requises, conformément à l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855. De ces principes la jurisprudence a justement déduit cette conséquence qu'après la radiation de l'inscription limitée à certains immeubles du mari, le conservateur des hypothèques ne doit pas faire figurer cette inscription dans l'état délivré sur les autres immeubles du mari [1].

§ II. *Sanction* [2].

1689. Quelle est la sanction des formalités prescrites par la loi ? Moins prévoyants que l'auteur de l'édit de 1673, les rédacteurs du code ont gardé le silence sur ce point.

L'édit de 1673, dans lequel les oppositions remplissaient le rôle de nos inscriptions, formulait des exigences moins rigoureuses que celles de l'art. 2148, et précisait la sanction. Après avoir ordonné que l'opposition fît connaître les sommes ou droits pour lesquels elle est formée, le nom du créancier et celui du débiteur, les titres qui établissent les hypothèques et leur date (art. 13), qu'elle renfermât une élection de domicile pour l'opposant, la date du jour auquel elle est faite (art. 14), la désignation de l'immeuble grevé (art. 15), et qu'enfin la procuration fût notariée (art. 16), cet édit ajoutait dans son art. 17 : « Le contenu aux quatre articles précédents sera » observé à peine de nullité ».

Les auteurs de la loi du 11 brumaire an VII, dont l'art. 2148 a reproduit l'art. 17, ont multiplié les mentions des bordereaux ; à leur exemple, le code n'a pas sanctionné expressément l'inobservation de ces formalités.

1690. Du silence de la loi il est impossible de conclure que la violation de l'art. 2148 n'entraînera jamais la nullité de l'inscription et l'inefficacité de l'hypothèque. On sait, en

[1] Limoges, 6 août 1861, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1131, S., 61. 2. 479. — V. aussi Trib. civ. de Pont-l'Evêque, 28 mai 1878, D., 79. 3. 111.

[2] Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 85. — Italie, *C. civ.*, art. 1998. — Monaco, *C. civ.*, art. 1988, al. 9, et 1992, al. 5. — Espagne, *L. hyp.*, art. 30, 32. — Tessin, *C. civ.*, art. 877. — Valais, *C. civ.*, art. 1912. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1235. — Grèce, L. 11 août 1836, art. 80. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2105. — République Argentine, *C. civ.*, art. 3133. — Chili, *C. civ.*, art. 2433.

effet, qu'à côté des nullités expresses, il existe des nullités virtuelles. Celles-ci sont encourues toutes les fois que l'importance d'une disposition ne permet pas de valider l'acte contraire aux prescriptions légales. Or, la publicité est l'une des bases de notre régime hypothécaire. L'inscription, par laquelle cette condition se réalise, est donc essentielle pour assurer l'effet de l'hypothèque. Par conséquent, la nullité de l'inscription doit être la sanction de l'inobservation de la loi. Cette conclusion, que nous déduisons des principes généraux, est consacrée par l'art. 2134, aux termes duquel le rang de l'hypothèque se détermine par la date de l'inscription prise *dans la forme et de la manière prescrites par la loi.* Si l'inscription n'a pas été requise conformément à la loi, elle ne donne donc pas de rang à l'hypothèque, elle n'en assure pas l'efficacité, elle ne produit pas l'effet que la loi y attache; elle est frappée de nullité. Il est à peine besoin de rappeler que cette nullité ne peut être invoquée que par les tiers [1].

Cette conclusion est conforme à la raison. La publicité a été établie dans l'intérêt des tiers; elle a pour but de les éclairer sur le montant des charges qui grèvent les immeubles à eux offerts en garantie par leur débiteur. Il faut donc que les mentions inscrites sur le registre du conservateur des hypothèques leur fournissent tous les renseignements dont ils peuvent avoir besoin. La loi a pris soin de déterminer elle-même avec une précision minutieuse, trop minutieuse d'après certains auteurs, les indications nécessaires à cet effet. Admettre la validité d'inscriptions qui ne satisfont pas aux exigences de la loi, c'est exposer les tiers à des erreurs dangereuses pour leurs intérêts. La nullité des inscriptions irrégulières sauvegarde seule leurs droits. C'est la sanction nécessaire des art. 2134 et 2148.

Il est regrettable que les rédacteurs du code ne se soient pas, comme l'auteur de l'édit de 1673, formellement prononcés à cet égard et n'aient pas limitativement déterminé les mentions, dont l'inobservation entraînerait la nullité de l'inscription. Ils auraient ainsi prévenu un grand nombre des

(1) Montpellier, 28 mars 1887, D., 89. 2. 31.

procès, auxquels notre législation hypothécaire a donné naissance. Les hésitations, les incertitudes de la jurisprudence ont souvent compromis des intérêts que la loi a pour devoir de sauvegarder.

1691. La solution de ce problème semble cependant bien facile au point de vue rationnel. La publicité est ordonnée dans l'intérêt des tiers, qu'il faut prémunir contre des erreurs préjudiciables. Ne serait-il pas juste que la nullité fût encourue toutes les fois que l'irrégularité commise a effectivement lésé les intérêts des tiers, un de ces intérêts que la publicité devait éclairer ? Ne serait-il pas juste qu'elle ne fût encourue que dans le cas où cette condition serait réalisée? C'est la théorie que Troplong [1] avait proposée comme la meilleure en législation ; c'est celle qui recueillit le suffrage de nombreuses cours d'appel lors de l'enquête sur le régime hypothécaire en 1841 ; c'est celle que la loi belge du 16 décembre 1851 a consacré (art. 85) [2]. Aujourd'hui l'expérience est faite et la jurisprudence belge ignore les difficultés incessantes et presque inextricables, avec lesquelles nos tribunaux sont aux prises. La nullité de l'inscription et l'inefficacité de l'hypothèque apparaissent ainsi comme une sorte de réparation du préjudice qui a été causé par l'irrégularité commise. On transforme la question de droit en une question de fait.

Remarquons-le bien d'ailleurs. Il n'y a pas à rechercher si les tiers ont pu avoir connaissance, par une voie quelconque, des hypothèques ou des charges établies sur l'immeuble. Les hypothèques doivent être rendues publiques au moyen d'une inscription ; c'est par cette inscription que les tiers doivent être informés. Les tribunaux n'ont donc qu'une question à résoudre : malgré l'absence ou la défectuosité des mentions portées sur le registre du conservateur, les tiers ont-ils eu par ce moyen connaissance des hypothèques grevant l'immeuble? Il ne suffit pas qu'ils aient pu en soupçonner l'existence ; il faut qu'ils aient été positivement éclairés. S'ils l'ont été, ils ne peuvent pas se plaindre ; ils ont traité en parfaite connais-

(1) Troplong, III, 665 et dans S., 35. 2. 129.

(2) Cons. sur cette disposition : Marton, III, 1103 et 1110 ; Laurent, XXXI, 95 et 96 ; Lepinois, IV, 1692 à 1696.

sance de cause ; la publicité a rempli son office. Une action en nullité intentée dans ces conditions serait une prime offerte à la mauvaise foi ; elle doit être écartée par le législateur au nom de l'intérêt public dont il est de son devoir de s'inspirer. *Sans grief, pas de nullité*. Si notre régime hypothécaire n'est pas profondément remanié par la création de livres ou registres fonciers, par la suppression des hypothèques générales et par la spécialisation complète de toutes les hypothèques, cette réforme modeste, dont l'expérience a démontré la sagesse, s'imposera et trouvera place dans nos lois.

Mais nous ne croyons pas possible, malgré la séduisante argumentation de Pont (1), de proposer cette théorie sous l'empire de notre code. L'art. 2134 est trop absolu dans ses termes pour autoriser cette solution. La loi subordonne l'efficacité de l'hypothèque à la condition d'une inscription prise dans la forme et de la manière prescrites par elle. Il est impossible de valider une inscription qui n'a pas été prise conformément à la loi, par cela seul que l'irrégularité commise n'a pas lésé les intérêts des tiers (2). Nous savons bien que la jurisprudence a une tendance marquée à se préoccuper de ce point de vue. Cette considération a trouvé sa place dans un grand nombre des décisions que nous aurons l'occasion de citer. Mais elle n'est ordinairement, pour les tribunaux, qu'un argument destiné à déterminer l'importance de la mention prescrite par la loi. Les juges n'ont pas transformé en question de fait ce qui est, en vertu de notre code, une question de droit et nous ne pensons pas qu'ils en aient le pouvoir. Au législateur seul il appartient d'opérer cette réforme.

1692. Est-ce à dire pour cela que, comme sous l'empire de l'art. 17 de l'édit de 1673 relatif aux oppositions, l'absence de l'une quelconque des mentions indiquées dans l'art. 2148 rendra l'inscription irrégulière et en entraînera la nullité ?

A l'origine, la jurisprudence s'est montrée extrêmement rigoureuse (3). Elle décida que, sous le code comme sous la

(1) Pont, II, 959 s.

(2) Chambéry, 31 juill. 1899, *Gaz des Trib.*, 21 janv. 1900.

(3) Civ. rej., 8 (non 7) sept. 1807, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1476, S., 8, 1. 92. — V, Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 8.

loi du 11 brumaire de l'an VII, l'omission ou la défectuosité de l'une des mentions si minutieuses de l'art. 2148 entraînait la nullité de l'inscription. Ainsi la loi ordonne d'indiquer non seulement le nom, mais encore les prénoms et domicile du créancier. L'inaccomplissement de cette formalité, l'omission des prénoms, même d'un seul des prénoms du créancier, fut considéré comme un vice de l'inscription et la nullité était prononcée. N'était-ce pas exagérer la sévérité de la loi? Sur un réquisitoire de Merlin, la cour de cassation le reconnut dès 1809 et cette théorie est aujourd'hui complètement abandonnée [1]. Les énonciations exigées par l'art. 2148 ne sont pas prescrites en elles-mêmes, à raison de leur importance intrinsèque. Elles ont été ordonnées dans un but parfaitement déterminé, pour assurer la publicité des hypothèques, pour éclairer les tiers sur la situation du débiteur. Du moment où la loi n'a pas prononcé expressément la nullité, il faut envisager ces mentions dans leur rapport avec le but poursuivi par le législateur. Il veut que les tiers aient, par le registre du conservateur, connaissance des charges hypothécaires établies sur l'immeuble. Il faut donc rechercher, parmi les diverses mentions dont parle l'art. 2148, celles qui sont indispensables pour avertir les tiers et les protéger contre les dangers des erreurs qu'ils pourraient commettre. Celles-ci seront essentielles et leur absence entraînera la nullité de l'inscription. Mais il est d'autres mentions qui, quoique utiles en elles-mêmes, ne sont pas cependant indispensables. Leur absence n'empêche pas les tiers de connaître la situation hypothécaire de leur débiteur; la nullité de l'inscription ne sera pas encourue. Cette théorie n'est qu'une application particulière du principe général qui domine les nullités virtuelles. La violation d'une loi édictée dans l'intérêt des tiers n'entraîne la nullité que si la contravention est assez grave pour empêcher d'atteindre le but poursuivi par le législateur.

Il faut, en conséquence, distinguer les énonciations substantielles et les énonciations accidentelles, complémentaires ou, suivant les expressions d'Aubry et Rau, réglementaires.

[1] V. cep. en ce sens F. Chesney, *Rev. crit.*, 1898, *Nouv. sér.*, XXVII, p. 367 s.

En l'absence des premières, l'hypothèque n'est pas portée à la connaissance des tiers; les tiers n'ont pas été instruits ou n'ont pas pu être instruits de ce qu'ils avaient intérêt à savoir; la nullité sera la sanction de l'inobservation de la loi.

L'absence des secondes n'empêche pas les tiers de connaître l'hypothèque, d'apprécier les charges établies sur l'immeuble grevé; par suite, la nullité de l'inscription ne pourra pas être prononcée (1).

Appliquons maintenant cette distinction aux diverses mentions que nous connaissons. Ce n'est pas la partie la moins épineuse de ce sujet difficile.

1693. L'art. 2148 exige, en premier lieu, une indication exacte des nom, prénoms, domicile et profession du créancier. Est-ce là une énonciation substantielle, dont l'inobservation entraîne la nullité de l'inscription?

Dans une première opinion, on se prononce en faveur de l'affirmative. On fait ressortir l'intérêt que les tiers peuvent avoir à connaître la personne de l'inscrivant. Celui-ci n'est pas seulement titulaire d'un droit réel d'hypothèque, il est aussi créancier. Bien des causes peuvent éteindre sa créance et en même temps l'hypothèque, qui en est l'accessoire; les tiers ont intérêt à connaître le nom du créancier pour savoir s'il n'est pas survenu quelque cause d'extinction de la créance. Ils y ont intérêt, s'ils veulent désintéresser un créancier antérieur pour être subrogés dans ses droits. Ils y ont intérêt, s'ils veulent poursuivre la radiation d'une inscription. De l'intérêt qu'ont ainsi les tiers à connaître le nom du créancier, on conclut que cette mention est substantielle et on sanctionne cette prescription par la nullité (2).

(1) Persil, II, sur l'art. 2148; Delvincourt, III, p. 342 à 349; Toullier, VII, 507 à 518; Grenier, I, 70 s.; Duranton, XX, 104 s.; Taulier, VII, p. 336 s.; Aubry et Rau, § 276-2°, texte et note 13, III, 4e éd. p. 346-348, 5e éd. p. 571-574; Colmet de Santerre, IX, 130 *bis*-I s.; Thézard, 145; Guillouard, III, 1189; Planiol, II, 2975-2976.

(2) Persil, II, sur l'art. 2148, § 1; Duranton, XX, 107; Solon, *Des nullités*, I, 362; Colmet de Santerre, IX, 130 *bis*-IV; Huc, XIII, 327; Planiol, II, 2976. — Req., 6 juin 1810, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1520-1°, S., 10. 1. 290. — Cpr. Guillouard, III, 1153 et 1206. Cet auteur enseigne que l'inscription est nulle lorsque le nom du créancier a été omis, mais non lorsque la désignation est seulement incomplète ou inexacte.

Il nous semble que cette opinion exagère la portée du principe de la publicité et nous pensons, avec la grande majorité des auteurs et la jurisprudence, que cette énonciation n'est pas substantielle. La publicité a pour but de faire connaître aux tiers les charges hypothécaires établies sur l'immeuble. Or, le but de la loi n'est-il pas atteint, lorsque l'existence de l'hypothèque a été rendue publique? Qu'importe aux tiers le nom du titulaire du droit? Ils en connaissent l'existence; ils ne peuvent pas être trompés. La loi a reçu satisfaction. Elle n'a pas en effet voulu sauvegarder à tous les points de vue les intérêts des tiers; elle a voulu seulement qu'ils ne pussent pas être induits en erreur sur l'existence d'une hypothèque que le registre du conservateur ne leur aurait pas clairement révélée; tel n'est pas notre cas. Est-il bien vrai d'ailleurs de dire que les tiers ont intérêt à connaître le nom du créancier pour s'assurer s'il n'est pas survenu quelque cause d'extinction de la créance? Mais leur ignorance à cet égard ne peut pas leur nuire, puisque cet événement ne peut qu'améliorer leur condition en faisant disparaître une hypothèque préférable. C'est le débiteur qui sera seul exposé à subir un préjudice en voyant diminuer son crédit hypothécaire; mais il pourra facilement le prévenir en obtenant la radiation de l'inscription prise par un créancier qu'il doit connaître. N'en sera-t-il pas de même, lorsque les créanciers voudront poursuivre au nom de leur débiteur la radiation d'une inscription hypothécaire? Ils seront facilement éclairés par celui-ci. Enfin le droit pour les créanciers postérieurs de désintéresser un créancier antérieur et d'être subrogés à ses actions n'est pas un de ces droits que la publicité ait pour but de sauvegarder. La publicité a été exclusivement instituée pour que les tiers acquéreurs ou ceux qui prêtent au débiteur sur la foi d'une garantie hypothécaire ne soient pas surpris par la découverte d'hypothèques, dont ils n'auraient pas pu connaître l'existence [1]. Cette solution est d'autant plus néces-

[1] Merlin, *Quest.*, v° *Inscr. hyp.*, § 4; Toullier, VII, 510; Grenier, I, 97; Troplong, III, 629; Taulier, VII, p. 339; Pont, II, 969; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 350, 5e éd. p. 577; Thézard, 145; Laurent, XXXI, 45; André, 786; Jalouzet, *Etude sur l'inscr. hyp.*, 43-51; Labbé, *Note* dans S., 92. 1. 113. — Civ. rej.,

saire que l'hypothèque peut, comme nous l'avons vu, être constituée pour la garantie d'obligations à émettre et que ces obligations peuvent être au porteur. Il est évident qu'on ne peut pas faire de la mention, dans l'inscription, du nom d'un créancier inconnu une formalité substantielle.

A plus forte raison déciderons-nous sans hésitation que la nullité ne serait pas encourue si, malgré les irrégularités de l'inscription, l'identité du créancier était certaine (1). Ainsi en sera-t-il notamment des inexactitudes relatives à l'indication de sa profession (2) ou de son domicile réel (3).

1694. La loi exige, en outre, une élection de domicile faite pour le créancier dans l'arrondissement du bureau. Si, comme nous l'avons déjà dit, l'inscription n'est, aux yeux du législateur, qu'un moyen de porter à la connaissance des tiers les renseignements nécessaires pour apprécier le crédit hypothécaire de celui avec lequel ils traitent ou de connaître les charges hypothécaires grevant ses immeubles, l'inobservation de cette formalité ne saurait être une cause de nullité de l'inscription. Sans doute l'élection de domicile présente un intérêt incontestable pour les tiers, acquéreurs ou créanciers, qui ont des significations ou des notifications à faire à l'occasion de l'inscription ou des immeubles grevés. Sans doute le créancier qui l'a omise ne peut exiger que les notifications lui soient faites, se plaindre qu'elles ne l'aient pas été ; il est exposé à voir écarter ses réclamations par une fin de non recevoir. Mais il nous paraît certain que ces règles n'ont aucun rapport avec la publicité ; elle n'a pas été organisée pour assurer l'exercice de ces droits. Par conséquent, l'élection de domi-

15 mai 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1489-3°, S., 10. 1. 22. — Req., 15 fév. 1810, *J. G.*, eod. v°, 1479, S., 10. 1. 179. — Civ. cass., 1er oct. 1810, *J. G.*, eod. v°, 1476, S., 10. 1. 383. — Bordeaux, 8 fév. 1811, *J. G.*, eod. v°, 1478, S., 11. 2. 252. — Civ. rej., 17 mars 1813, *J. G.*, eod. v°, 1480-2°, S., 13. 1. 364. — Civ. rej., 26 juill. 1825, *J. G.*, eod. v°, 1521-1°, S., 26. 1. 92. — Req., 9 fév. 1891 et le rapport de M. le conseiller Denis, D., 92. 1. 11, S., 92. 1. 113.

(1) Rouen, 14 nov. 1808, S., 9. 2. 186. — Req., 15 fév. 1810, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1479, S., 10. 1. 179. — Bordeaux, 8 fév. 1811, *J. G.*, eod. v°, 1478, S., 11. 2. 252.

(2) Civ. cass., 1er oct. 1810, *J. G.*, eod. v°, 1476, S., 10. 1. 383.

(3) Paris, 16 fév. 1809, *J. G.*, eod. v°, 1489, S., 9. 2. 208.

cile n'est pas une condition substantielle requise pour la validité de l'inscription [1].

La jurisprudence de la cour de cassation se prononce cependant en sens contraire [2]. Dans cette opinion, on considère comme substantielles toutes les énonciations destinées à fournir aux tiers, créanciers ou acquéreurs, des renseignements qu'il leur importe ou qu'il leur est nécessaire de posséder. On reconnaît bien que la mention relative à l'élection de domicile n'a pas pour but la publicité; mais on la considère comme essentielle, comme l'une des bases du fonctionnement

[1] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hypoth.*, § 5, n. 8 et Merlin, *Quest.*, eod. v°, § 1 : Delvincourt, III, p. 345 : Grenier, I, 97 ; Battur, III, 433; Troplong, III, 679; Pont, II, 970; Baudot, *Formal. hypot.*, I, 240; Aubry et Rau, § 276, texte et note 21, III, 4e éd. p. 350, 5e éd. p. 577-579; Thézard, 145 : Jalouzet, *Etude sur l'inscr. hyp.*, 43-52; Huc, XIII, 328; Surville, II, 715. — Metz, 2 juil. 1812, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1525-1°, S., 12. 2. 388. — Grenoble, 10 juil. 1823, S., 24. 2. 79. — Riom, 7 mars 1825 (arrêt cassé), S., 28. 2. 71. — Paris, 8 août 1832, S., 33. 2. 95 (Les arrêts de Grenoble, Riom et Paris sont cités, *J. G.*, eod. v°, 1525-1° et 2°). — Limoges, 10 déc. 1845, D., 47. 2. 109, S., 47. 2. 197. — Agen, 4 janv. 1854, D., 55. 2. 42, S., 54. 2. 350. — Alger, 21 nov. 1856, S., 57. 2. 302. — Orléans, 4 juin 1860, Agen, 7 fév. 1861, D., 61. 2. 100, S., 61. 2. 449 et 450. — Metz, 22 janv. 1862, D., 63. 5. 210. — Alger, 8 janv. 1863, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 1033, S., 63. 2. 28. — Rennes, 27 janvier 1874, D., 75. 2. 13, S., 74. 2. 278. — Poitiers, 10 juin 1878, D., 79. 2. 69, S., 79. 2. 109. — Nimes, 11 février 1882, S., 82. 2. 160. — Amiens, 3 mars 1882 (sous Civ. cass., 14 août 1883), D., 84. 1. 64. — Cour d'appel d'Hanoï, 20 novembre 1895, S., 96. 2. 284. — Alger, 20 avril 1896, D., 98. 2. 322, S., 99. 2. 66.

[2] Req., 2 mai 1816, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1527-1°, S., 16. 1. 145. — Douai, 7 janv. 1819 (cité *J. G.*, *eod. loc.*), S., 20. 2. 99. — Civ. cass., 27 août 1828 (cité *J. G.*, *eod. loc.*), S., 35. 1. 5 à la note. — Civ. cass., 6 janv. 1835, *J. G.*, eod. v°, 1527-1°, S., 35. 1. 5. — Civ. cass., 12 juill. 1836, *J. G.*, eod. v°, 1527-2°, S., 36. 1. 556. — Orléans, 1er décembre 1836, *J. G.*, eod. v°, 1528, S., 37. 2. 89. — Civ. cass., 11 déc. 1843, *J. G.*, eod. v°, 1527-2°, S., 44. 1. 46. — Colmar, 16 août 1847, D., 50. 5. 283. — Nimes, 31 juill. 1849, D., 50. 2. 80, S., 50. 2. 77. — Paris, 8 juill. 1852, D., 53. 5. 257, S., 53. 2. 144. — Civ. cass., 26 juill. 1858, D., 58. 1. 354, S., 58. 1. 812. — Civ. cass., 28 mars 1882, D., 83. 1. 125, S., 82. 1. 263. — Douai, 4 juill. 1884, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 1035, S., 84. 2. 155. — Nancy, 9 avril 1889, S., 89. 2. 231. — Paris, 25 avril 1891, *Pand. franç.*, 92. 2. 47. — Agen, 23 mars 1892, D., 93. 2. 406, S., 93. 2. 243. — Trib. civ. Bourganeuf, 22 juin 1894, D., 95. 2. 190. — Alger, 20 avril 1896, S., 99. 2. 66. — Besançon, 17 novembre 1897, D., 99. 2. 76. — *Sic* Persil, II, sur l'art. 2148, § 1, VII, et *Quest.*, I, p. 402; Duranton, XX, 107; Pannier, *Des hyp.*, p. 220; Solon, *Des nullités*, I, 362; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 216, § 814, note 5; Laurent, XXXI, 48; Colmet de Santerre, IX, 130 *bis*-VI et VII; *Dict du notar.*, v° *Inscr.*, 243; *Encycl. du notar.*, v° *Inscr.*, 221; Guillouard, III, 1203-1204; Planiol, II, 2976. — Cpr. Amiens, 3 mars 1882, D. (sous Civ. cass., 14 août 1883), 84. 1. 64.

du régime hypothécaire à raison des significations qui doivent être faites au domicile élu.

Nous persistons à penser que cette interprétation donne à la publicité une portée trop large et trop générale. Elle a été instituée seulement pour éclairer les tiers sur l'existence de l'hypothèque, pour leur faire connaître les charges hypothécaires grevant l'immeuble qui leur est offert en garantie ou qu'ils ont l'intention d'acquérir. Or il leur importe peu que le créancier ait fait une élection de domicile, de même qu'il leur est indifférent de connaître exactement le nom du créancier et son domicile réel. Dans les deux cas, leur ignorance n'est pas de nature à les induire en erreur ; dans notre hypothèse, contrairement à la jurisprudence de la cour de cassation, nous croyons devoir décider, comme nous l'avons fait dans l'autre avec cette même jurisprudence, que cette énonciation n'est pas exigée à peine de nullité.

1695. La cour de cassation n'applique pas toutefois sa théorie avec une inflexible rigueur. Par un arrêt des Chambres réunies du 14 janvier 1863 (1) elle y a apporté une notable atténuation, elle n'exige pas que l'élection de domicile soit formelle et expresse ; elle se contente d'une élection virtuelle et implicite ; elle décide que l'indication du domicile réel du créancier, s'il est situé dans l'arrondissement du bureau, équivaut à une élection de domicile et la remplace. C'est admettre une sorte de présomption légale et il est bien difficile d'accepter une pareille présomption sans un texte qui la consacre. D'un autre côté, l'art. 2148 exige cumulativement l'indication du domicile réel et d'un domicile élu. C'est bien dire que l'un et l'autre ne se confondent pas et que la mention du domicile réel ne supplée pas, dans la pensée du législateur, à l'élection de domicile.

(1) Cass. ch. réunies rej., 14 janv. 1863, D., 63. 1. 101, S., 63. 1. 73. — *Sic* Rennes, 7 mars 1820, *J. G.*, eod. v°, 1525-3°. — Grenoble, 12 avril 1821 (cité *J. G., eod. loc.*), Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI. 2. 401. — Limoges, 10 déc. 1845, D., 47. 2. 109, S., 47. 2. 197. — Aix, 8 mars 1860, D., 60. 2. 106, S., 60. 2. 232 et sur le pourvoi est intervenu l'arrêt des Chambres réunies cité *supra*. — Paris, 25 avril 1891, *Pand. franç.*, 92. 2. 47. — Besançon, 17 nov. 1897, D., 99. 2. 76. — Cpr. pour le cas de renouvellement d'une inscription d'office, Douai, 27 déc. 1892, D., 93. 2. 525. — Cpr. pour le cas d'inscription collective, Lyon, 22 fév. 1890, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 1035.

1696. La loi belge nous paraît avoir très heureusement distingué entre les mesures nécessaires pour assurer la publicité des hypothèques et les mesures prescrites pour permettre aux tiers acquéreurs et aux créanciers saisissants l'accomplissement des formalités imposées pour la régularité et l'efficacité de la procédure. Dans son art. 86 elle dispose, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire : « L'omission de » l'une ou de plusieurs formalités prescrites par les deux » articles précédents n'entraînera la nullité de l'inscription » ou de la mention que lorsqu'il en résultera un préjudice » au détriment des tiers ». D'un autre côté, l'art. 83, après avoir, par son al. 7, ordonné au créancier de faire élection de domicile dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau ajoute : « Et, à défaut d'élection de domicile, toutes » significations et notifications relatives à l'inscription pour- » ront être faites au procureur du roi » (1).

1697. Quelle situation crée au créancier l'inobservation de ces formalités? Nous avons décidé qu'elle n'entraînait pas la nullité de l'inscription. Le créancier conserve donc le droit de faire valoir son hypothèque et de réclamer une collocation par préférence. Mais il sera exposé à des dangers particuliers. En cas de purge une notification doit être faite aux créanciers inscrits aux domiciles par eux élus dans leurs inscriptions (art. 2183). C'est également aux domiciles élus que se font les significations prescrites par l'art. 2156, la sommation dont parle l'art. 692 Pr. civ. en matière de saisie immobilière, ainsi que la sommation de produire dont il est question dans l'art. 753 Pr. civ. Il serait souverainement injuste que le créancier hypothécaire pût, par des irrégularités dont il serait l'auteur, rendre impossible l'exercice des droits ou l'accomplissement des procédures dont nous venons de parler. La justice nous porte, en conséquence, à décider que l'absence des mentions exigées par le n° 1 de l'art. 2148 ne saurait porter aucune atteinte soit aux droits des tiers acquéreurs, soit à l'exercice des droits appartenant aux autres créanciers du même débiteur : aucune entrave n'en résultera pour la procédure qui

(1) V. sur cet art. : Laurent, XXXI, 49; Lepinois, IV, 1633.

poursuivra son cours. A l'impossible nul n'est tenu. Le créancier hypothécaire sera seulement exposé à ne pas recevoir les significations ou sommations ordonnées par la loi. L'immeuble pourra être réalisé et le prix distribué, sans qu'il soit averti ni des poursuites, ni de l'ouverture de l'ordre. Il sera forclos et perdra le bénéfice de l'hypothèque qui lui appartenait. La solution peut sembler rigoureuse; elle est juste cependant; car la déchéance du créancier est la conséquence de sa négligence. *Jura vigilantibus subveniunt.* Mais s'il se présentait à l'ordre en temps utile, nous croyons qu'il devrait être colloqué au rang de son hypothèque [1].

1698. L'art. 2148 exige que l'inscription contienne les nom, prénoms, domicile du débiteur, sa profession, s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer dans tous les cas l'individu grevé d'hypothèque.

Il n'est pas douteux que cette mention ne soit substantielle. L'inscription a pour but de faire connaître la situation hypothécaire du débiteur ou du constituant. Ce but ne serait pas atteint, si les énonciations ne permettaient pas de reconnaître la personne grevée. Les tiers pourraient être induits en erreur; cela suffit pour que la nullité de l'inscription soit prononcée, s'il n'est pas possible de reconnaître le débiteur grevé.

La loi admet ici le principe des équipollences. Elle indique les énonciations qui lui paraissent, mieux que toutes autres, individualiser le débiteur; mais elle n'exige pas d'une manière absolue que l'inscription renferme toutes ces indications; elle se contente d'une désignation individuelle telle que toute confusion soit prévenue. Cette solution est incontestable quand il s'agit de la profession du débiteur; elle est également vraie quand il s'agit de ses nom ou prénoms. La rédaction de l'art. 2148-2° pourrait laisser quelques doutes sur ce point; ils sont levés, s'il en est besoin, par l'art. 2153; et la désignation précise du débiteur peut suppléer à l'indication de ses nom et prénoms, aussi bien qu'à l'indication de sa profession [2].

[1] Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 350, 5e éd. p. 579; Thézard, 145.

[2] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 9; Persil, II, sur l'art. 2148.

Nous appliquerons la même règle à l'indication du domicile du débiteur ; elle n'est exigée par la loi que pour mieux l'individualiser. L'absence de cette mention, les inexactitudes qu'elle contiendrait n'entraîneraient la nullité de l'inscription que s'il était impossible de reconnaître le débiteur (1).

En résumé, il y a lieu de rechercher si les tiers ont pu être induits en erreur ; s'ils ont pu être trompés, la nullité est encourue ; il en est autrement, dans le cas contraire.

1699. L'inscription doit contenir, aux termes de l'art. 2148-3°, la date et la nature du titre. Nous avons vu qu'il s'agissait ici du titre qui avait donné naissance au privilège ou à l'hypothèque (2). Ces indications sont indispensables pour fournir aux tiers des renseignements précis sur la situation hypothécaire du débiteur. A cet effet ils ont besoin d'être mis en mesure d'apprécier la validité de l'hypothèque. Or, cette validité dépend ordinairement de la capacité du constituant, et toujours de la forme de l'acte constitutif. Il est donc nécessaire que les tiers connaissent l'époque à laquelle l'hypothèque a pris naissance et la nature du titre par lequel elle a été établie. Aussi est-on d'accord pour considérer ces mentions comme substantielles. Leur omission entraînera la nullité de l'inscription.

En conséquence, lorsque l'inscription ne renferme aucune

§ 2 ; Troplong, III, 680 ; Pont, II, 977 et 978 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 216, § 814, note 4, et p. 220, § 815 ; Aubry et Rau, § 276, texte et note 14, III, 4e éd. p. 348, 5e éd. p. 574-575 ; Laurent, XXXI, 54 s. ; Thézard, 145 ; André, 790, 793 ; Guillouard, III, 1192 ; Martou, III, 1073 ; Lepinois, IV, 1641 ; Huc, XIII, 329 ; Planiol, II, 2976. — Cpr. Duranton, XX, 108. — V. Civ. rej., 2 mars 1812, *J. G.*, v° *Priv. et hyp*, 1511-1°, S., 12. 1. 257. — Civ. rej., 17 nov. 1812, S., 13. 1. 364. — Req., 6 nov. 1817, *J. G.*, eod. v°, 1505-4°. — Req., 8 juil. 1840, *J. G.*, eod. v°, 1516, S., 40. 1. 990. — Civ. cass., 27 mai 1816, *J. G.*, eod. v°, 1515-6°, S., 16. 1. 265. — Civ. rej., 13 juill. 1841, *J. G.*, eod. v°, 1456-1°, S., 41. 1. 731. — Caen, 21 fév. 1846, S., 47. 2. 478. — Rouen, 24 avril 1874, D., 75. 2. 13 et 14, S., 74. 2. 277. — Toulouse, 24 août 1883, *J. G. Suppl.*, eod. v°, 1026, S., 84. 2. 4. — Bordeaux, 20 mai 1892, D., 92. 2. 416. — Civ. rej., 16 novembre 1898, D., 04. 1. 427, S., 99. 1. 277. — Cpr. Liège, 21 mai 1896, S., 97. 4. 14.

(1) V. sur ce point Agen, 5 janv. 1810, *J. G.*, eod. v°, 1533-2°, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III. 2. 179. — Bruxelles, 3 mai 1815, *J. G.*, eod. v°, 1533-4°. — Req., 1er avril 1824, *J. G.*, eod. v°, 1534, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII. 1. 426. — Trib. civ. d'Orange, 12 juill. 1890, D., 93. 2. 276.

(2) *Supra*, II, 1643 s.

de ces indications, ne fait connaître ni la date ni la nature du titre, la nullité est certainement encourue (1). Il en est de même lorsqu'une seule de ces mentions fait défaut. Ainsi est nulle l'inscription qui ne fait pas connaître la date du titre, quoique sa nature y soit indiquée (2). Est également nulle l'inscription qui contient la date du titre constitutif, mais n'en indique pas la nature (3).

Cependant la loi n'impose pas l'emploi d'expressions sacramentelles, et il pourrait être suppléé au défaut de mention, par exemple de la date du titre, par des énonciations équipollentes contenues dans l'inscription, pourvu qu'elles éclairent sans aucun doute les tiers sur l'époque de la naissance de l'hypothèque (4), mais il est indispensable que ce complément de renseignements résulte de l'inscription elle-même; les tiers ne pourraient être contraints d'aller le chercher par référence dans d'autres inscriptions (5).

(1) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscript. hyp.*, § 5, n. 10; Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 2, art. 10; Persil, II, sur l'art. 2148, § 3, I et II; Grenier, I, 77; Duranton, XX, 112 s.; Solon, *Des nullités*, 362; Aubry et Rau, § 276, texte et note 15, III, 4e éd. p. 348, 5e éd. p. 575; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 216, § 814, note 6 et § 815; Thézard, 145; Colmet de Santerre, IX, 130 *bis*-III; Laurent, XXXI, 59; Guillouard, III, 1193-1195; Huc, XIII, 330; Planiol, II, 2976. — Req., 1er mai 1860, D., 60. 1. 510, S., 61. 1. 267 et les arrêts cités aux notes suivantes. — *Contra* Toullier, VII, 510; Rolland de Villargues, v° *Inscr. hyp.*, 190; Taulier, VII, p. 340; Troplong, III, 682; Pont, II, 984. — Bordeaux, 14 juill. 1836, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1546-15°, S., 37. 2. 222.

(2) Civ. cass., 22 avril 1807, *J. G.*, eod. v°, 1543-1°, S., 7. 1. 233. — Civ. rej., 8 (non 7) sept. 1807, *J. G.*, eod. v°, 1476, S., 8. 1. 92. — Req., 4 avril 1810, *J. G.*, eod. v°, 2996, S., 10. 1. 218. — Civ. cass., 7 oct. 1812, *J. G.*, eod. v°, 1557, S., 13. 1. 111. — Civ. cass., 19 juin 1833, *J. G.*, eod. v°, 1545-4°, S., 33. 1. 641. — Req., 1er mai 1860, D., 60. 1. 510, S., 61. 1. 267. — Limoges, 28 fév. 1879, *J. G. Suppl.*, v° *Ordre entre créanciers*, 90, S., 80. 2. 265. — Lyon, 23 déc. 1881, D., 83. 2. 204. — Agen, 16 fév. 1887, D., 87. 2. 220, S., 87. 2. 239 et sur pourvoi Req., 9 janv. 1888, D., 88. 1. 176, S., 88. 1. 101. — Cpr. Civ. rej., 17 nov. 1812, S., 13. 1. 364. — *Contra* Toulouse, 27 mai 1830, *J. G.*, eod. v°, 1545-4°, S., 31. 2. 50 cassé par l'arrêt du 19 juin 1833 cité *supra*.

(3) Douai, 7 janv. 1819, *J. G.*, eod. v°, 1527-1°, 1546-6° (cité), S., 20. 2. 99. — Toulouse, 23 mai 1820, *J. G.*, eod. v°, 1546-7°, Dev. et Car., VI. 2. 265. — Req., 1er fév. 1825, *J. G.*, eod. v°, 1526, S., 25. 1. 287. — Req., 26 juill. 1825, *J. G.*, eod. v°, 1521-1°, S., 26. 1. 92. — Cpr. Req., 11 mars 1816, *J. G.*, eod. v°, 1546-4°, S., 16. 1. 40.

(4) Lyon, 23 déc. 1881, D., 83. 2. 204. — Req., 9 janv. 1888, D., 88. 1. 176, S., 88. 1. 101.

(5) Lyon, 23 déc. 1881, cité *supra*.

1700. La loi ordonne que l'inscription contienne le montant de la créance en principal et accessoires, ou une évaluation dans les cas où elle est requise. Il n'est pas douteux que cette mention ne soit substantielle; elle est indispensable pour mettre les tiers en mesure d'apprécier la situation hypothécaire du débiteur et le montant des charges qui grèvent ses immeubles (1). Par conséquent, l'inscription qui ne mentionnerait pas le chiffre de la créance garantie par l'hypothèque serait frappée de nullité (2). Il en serait de même si l'inscription ne contenait pas une évaluation de la créance indéterminée, pour sûreté de laquelle elle a été prise (3), ou de ses accessoires, s'ils ne sont pas déterminés (4).

Les erreurs commises par le créancier dans l'indication du montant de la créance ou dans son évaluation n'entraînent pas la nullité de l'inscription; elles sont cependant de nature à nuire à l'intéressé, si la mention ou l'évaluation est inférieure au chiffre réel de la créance (5).

1701. La loi exige que l'inscription indique l'époque de l'exigibilité de la créance. Nous avons déjà exposé les motifs qui justifient cette disposition (6). Ils nous portent à décider que cette mention est substantielle. Cette solution est législativement confirmée par une loi du 4 septembre 1807 rendue dans les circonstances suivantes. Bien que l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an VII imposât, comme l'art. 2148, la mention de l'époque d'exigibilité de la créance, la pratique ne s'était pas conformée à cette prescription, qu'elle consi-

(1) Pont, II, 995; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 349, 5e éd. p. 576; Laurent, XXXI, 62; Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-I; Guillouard, III, 1197; Huc, XIII, 334; Planiol, II, 2976.

(2) Civ. cass., 11 nov. 1811, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1026, S., 12. 1. 132. — Req., 13 nov. 1893, D., 94. 1. 372. — Cpr. Civ. rej., 13 mars 1874, S., 75. 1. 5. — V. pour le cas où une seule inscription est requise pour la conservation collective de plusieurs créances, Douai, 16 juin 1899, S., 03. 2. 195.

(3) Pau, 16 juin 1832, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1276, S., 32. 2. 571 (arrêt cassé). — Cpr. cep. Civ. cass., 12 janv. 1835, *J. G.*, eod. v°, 1276, S., 35. 1. 11. — V. aussi Riom, 18 janv. 1844, D., 51. 2. 206, S., 44. 2. 166. — Rapp. aussi les arrêts cités *supra*, II, 1655.

(4) Pont, II, 991.

(5) *Supra*, II, 1656.

(6) *Supra*, II, 1661 s.

dérait comme insignifiante et inutile. Nombre d'inscriptions hypothécaires ne renfermaient pas cette mention. La jurisprudence en prononça la nullité. Les intérêts compromis firent entendre d'énergiques réclamations. Alors intervint cette loi du 4 septembre 1807 *pour déterminer le sens et les effets de l'art. 2148;* elle est ainsi conçue : « Art. 1er. Dans » le délai de six mois, à dater de la promulgation de la pré- » sente loi, tout créancier qui aurait, depuis la loi du 11 bru- » maire an VII jusqu'au jour de ladite promulgation, obtenu » une inscription, *sans indication de l'époque de l'exigibilité* » *de la créance,* soit que cette époque doive avoir lieu à jour » fixe ou après un événement quelconque, est autorisé à » représenter, au bureau de la conservation où son inscrip- » tion a été faite, *son bordereau rectifié,* à la vue duquel le » conservateur indiquera, tant sur son registre que sur le » bordereau resté entre ses mains, l'époque de l'exigibilité » de la créance; le tout en se conformant à la disposition de » l'art. 2200 et sans perception d'aucun nouveau droit. — » Art. 2. Au moyen de cette rectification, l'inscription primi- » tive sera considérée comme complète et valable, si, d'ail- » leurs, on y a observé les autres formalités prescrites ».

Cette loi interprète manifestement l'art. 2148. En offrant aux intéressés un moyen de compléter leurs inscriptions et de les rendre valables, en leur accordant un délai à cet effet, elle décide que les inscriptions étaient irrégulières, qu'à défaut de rectification elles demeureront irrégulières et qu'il en sera de même à l'avenir des inscriptions qui ne contiendront pas la mention de l'époque de l'exigibilité de la créance. La loi ne statue pas seulement pour le passé comme l'a soutenu un savant magistrat; elle statue également pour l'avenir, car elle contient une interprétation législative d'un texte qui n'est ni abrogé, ni modifié [1]. Aussi la jurisprudence n'hésite-t-elle

[1] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 11; Grenier, I, 79; Duranton, XX, 126; Baudot, *Formal. hyp.*, 285; Pont, II, 992 s.; Aubry et Rau, § 276, texte et note 18, III, 4e éd. p. 349, 5e éd. p. 576; Colmet de Santerre, IX, 128 *bis*-VI; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 217, § 814, note 8; Guillouard, III, 1198; Huc, XIII, 335; Planiol, II, 2976. — *Contra* Troplong, III, 685; Jalouzet, *Etude sur l'inscrip. hyp.*, 77-79.

pas à voir dans cette mention une formalité substantielle [1].

1702. Enfin l'art. 2148 exige l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels le créancier entend conserver son privilège ou son hypothèque. Nous avons vu que cette mention était spéciale aux hypothèques conventionnelles et qu'elle ne s'appliquait aux hypothèques générales que dans le cas où elles avaient été réduites par voie de spécialisation [2]. Ajoutons que cette mention est substantielle; elle est indispensable aux tiers pour apprécier les charges hypothécaires établies sur l'immeuble et sur lesquelles l'inscription a pour but de les éclairer. Nous avons exposé [3] les difficultés auxquelles donne naissance l'interprétation de cette disposition. Nous ne voulons pas y revenir. Rappelons seulement que cette indication doit être fournie dans des termes tels que les tiers ne puissent pas être trompés et qu'ils reconnaissent facilement les immeubles frappés par l'hypothèque. La nullité de l'inscription serait la sanction de la disposition de la loi [4].

[1] Liège, 24 août 1809, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1591-1°, S., 10. 2. 372. — Req., 15 janvier 1817, *J. G.*, eod. v°, 1593, S., 17. 1. 148. — Req., 9 août 1832, *J. G.*, eod. v°, 1591-3°, S., 32. 1. 481. — Nîmes, 28 novembre 1832 et 9 janvier 1833, *J. G.*, eod. v°, 1591-2°, 1594-2° et 3°, S., 33. 2. 198. — Poitiers, 19 mars 1835, *J. G.*, eod. v°, 1586-1°, S., 35. 2. 239. — Civ. cass., 28 mars 1838, *J. G.*, eod. v°, 1594-4°, S., 38. 1. 417. — Civ. cass., 19 août 1840, *J. G.*, eod. v°, 1740-3°, S., 40. 1. 686. — Limoges, 8 mars 1844, S., 46. 2. 30. — Cass. ch. réun. rej., 6 décembre 1844, D., 45. 1. 15, S., 45. 1. 31. — Civ. rej., 27 mars 1849, D., 49. 1. 168. — Req., 15 nov. 1852, D., 53. 1. 98, S., 52. 1. 793. — Civ. cass., 30 juin 1863, D., 63. 1. 277, S., 63. 1. 441. — Caen, 23 juill. 1863 et sur pourvoi Req., 15 juin 1864, D., 64. 1. 421, S., 64. 1. 254. — Grenoble, 10 mars 1865, D., 65. 2. 135, S., 66. 2. 23. — Alger, 13 févr. 1869 et sur pourvoi Req., 26 mars 1872, D., 72. 1. 425. — Req., 1er mai 1876, D., 76. 1. 481, S., 76. 1. 303. — Limoges, 28 févr. 1879, *J. G. Suppl.*, v° *Ordre entre créanciers*, 90, S., 80. 2. 265. — Chambéry, 22 déc. 1879, S., 80. 2. 241. — Nancy, 27 déc. 1879, D., 80. 2. 119, S., 80. 2. 174. — Lyon, 13 mars 1885, *Pand. franç.*, 87. 2. 16. — Bordeaux, 12 janv. 1887, D., 87. 2. 191, S., 87. 2. 108. — Rennes, 21 juill. 1888, *J. G. Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, 830. — Chambéry, 31 juillet 1899, *Gaz. des Trib.*, 22 janvier 1900. — Dijon, 17 juin 1903, D., 04. 2. 6, S., 04. 2. 144.

[2] *Supra*, II, 1666 s.

[3] *Supra*, II, 1664-1665.

[4] Aubry et Rau, § 276, texte et note 19, III, 4e éd. p. 350, 5e éd. p. 577; Thézard, 145; Colmet de Santerre, IX, 130 *bis*-III; Guillouard, III, 1176, 1201; Huc, XIII, 336; Planiol, II, 2976. — Montpellier, 6 juin 1856, D., 57. 2. 123. — Req., 1er mai 1860, D., 60. 1. 510, S., 61. 1. 267. — Req., 4 mars 1873, D., 73. 1. 247, S., 73. 1. 305. — Req., 30 juil. 1878, D., 79. 1. 366, S., 79. 1. 154. — Req., 12 nov. 1890, D., 91. 5. 306, S., 91. 1. 199. — Trib. suprême Munich, 8 oct. 1900, S., 04. 4. 27.

1703. Il n'est pas indispensable que les mentions soient rédigées dans la forme et dans les termes de l'art. 2148 ; comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire à diverses reprises, il suffit qu'elles soient énoncées en termes équipollents ; du moment où les tiers ne peuvent pas être trompés et obtiennent par l'inscription et sans équivoque les renseignements que cette inscription doit leur procurer, la loi a reçu satisfaction et l'efficacité de l'hypothèque est assurée. Ce principe de l'équipollence est formellement consacré par l'art. 2148-2°, quand il s'agit de la désignation du débiteur. La jurisprudence l'a généralisé ; cette solution est certainement logique sous l'empire d'une législation qui ne connaît pas le formalisme primitif, même le formalisme romain (1). Nous nous contenterons de citer quelques exemples empruntés à la jurisprudence.

Ainsi il a été jugé que l'inscription prise pour sûreté d'une condamnation prononcée par défaut par jugement d'un tribunal de commerce, mentionnant que la créance était productive d'intérêts déjà échus faisait suffisamment connaître que la créance était actuellement exigible et que les tiers n'avaient pu s'y tromper (2). Le fait seul de la condamnation exclut l'idée d'une simple reconnaissance, ou d'une obligation subordonnée à une condition suspensive ; il prouve que la créance était exigible ; l'absence du défendeur démontre qu'il n'a pas obtenu de délai. De même les tribunaux ont prononcé la validité d'une inscription prise en vertu d'un jugement contradictoire portant condamnation à raison d'effets de commerce protestés (3). Mais il en a été jugé autrement

(1) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 11-1°; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 352, 5e éd. p. 580; Guillouard, III, 1208. — Riom, 3 août 1827, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1594, S., 30. 2. 31. — Req., 15 nov. 1852, D., 53. 1. 99, S., 52. 1. 793. — Req., 15 juin 1864, D., 64. 1. 421, S., 64. 1. 254.

(2) Aubry et Rau, § 276, texte et note 28, III, 4e éd. p. 352-353, 5e éd. p. 581 ; Guillouard, III, 1208 ; Huc, XIII, 335. — Cass., ch. réun. rej., 6 déc. 1844, D., 45. 1. 15, S., 45. 1. 31. — Req., 8 mars 1853, D., 54. 1. 341, S., 55. 1. 214. — Nancy, 27 déc. 1879, D., 80. 2. 119, S., 80. 2. 174.

(3) Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 353, 5e éd. p. 580-581 ; Huc, XIII, 335. — Req., 23 juill. 1812, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1589-2°, S., 13. 1. 257. — Cpr. Rouen, 8 fév. 1851, D., 52. 2. 53, S., 51. 2. 715 et sur pourvoi Req., 15 mars 1852, D., 52. 1. 74.

de l'inscription prise en vertu d'un jugement de condamnation même émané d'un tribunal de commerce pour *sûreté d'un capital et des intérêts échus et à échoir* (1). Dans le même ordre d'idées il a été décidé que l'inscription prise pour sûreté de dettes exigibles ou depuis longtemps exigibles est valable (2).

Nous avons déjà dit que la jurisprudence avait appliqué cette théorie aux énonciations relatives aux immeubles grevés (3).

1704. Les erreurs commises dans les mentions substantielles n'entraînent pas toujours et nécessairement la nullité de l'inscription. La nullité est certainement encourue lorsque les prescriptions de la loi n'ont pas reçu satisfaction et que les tiers ne trouvent pas dans l'inscription les renseignements nécessaires pour les éclairer. Mais s'il en est autrement, si l'irrégularité, quelle qu'elle soit, ne leur a pas cependant enlevé le moyen d'avoir connaissance de l'existence de l'hypothèque dans les conditions voulues par la loi, la nullité de l'inscription ne sera pas encourue ; l'hypothèque ne produira ses effets que dans la mesure où elle leur aura été révélée. La mesure de la publicité sera la mesure de l'efficacité. Nous avons déjà eu l'occasion de faire application de ce principe.

Ainsi l'erreur commise dans la mention relative au montant de la créance ou à son évaluation ne nuit pas au créancier si la somme indiquée est supérieure à la dette ; elle limite au contraire l'efficacité de l'hypothèque au chiffre qui y est porté lorsqu'il est inférieur au capital réellement dû (4). De même

(1) Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 353, 5e éd. p. 581. — Civ. cass., 18 mars 1838, *J. G.*, eod. vo, 1594-4o, S., 38. 1. 417. — *Sic* Req., 9 août 1832, *J. G.*, eod. vo, 1591-3o, S., 32. 1. 481. — Nîmes, 28 nov. 1832 et 9 janv. 1833, *J. G.*, eod. vo, 1594-2o et 3o, S., 33. 2. 198.

(2) Grenoble, 13 mars 1858, D., 58. 2. 176. — V. aussi *supra*, II, 1662.

(3) V. Req., 4 mars 1873, D., 73. 1. 247, S., 73. 1. 305. — Chambéry, 3 juin 1889, D., 91. 2. 307. — Req., 12 nov. 1890, D., 91. 5. 307, S., 91. 1. 199. — Paris, 11 avril 1892, S., 94. 2. 131. — Req., 27 nov. 1893, D., 94. 1. 566. — V. aussi *supra*, II, 1664.

(4) Pont, II, 987 ; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 352, 5e éd. p. 579 ; André, 799 ; Colmet de Santerre, IX, 130 *bis*-X : Guillouard, III, 1207. — V. *supra*, II, 1656 et 1700.

l'omission des accessoires ne prive pas le créancier du droit d'invoquer son hypothèque pour le principal [1].

La question est beaucoup plus délicate en ce qui concerne l'indication de l'époque de l'exigibilité. On a proposé une distinction. On enseigne que l'erreur commise est sans influence sur la validité de l'inscription, lorsque l'époque de l'exigibilité a été avancée. Les tiers, il est vrai, ont été induits en erreur ; mais cette erreur n'est pas de nature à leur causer un préjudice ; elle ne les a pas mis dans l'impossibilité d'apprécier la solvabilité hypothécaire de celui avec lequel ils traitaient [2]. Il en serait autrement dans l'hypothèse inverse, lorsque l'époque d'exigibilité a été reculée. Alors l'erreur, dont les tiers ont été les victimes, a pu devenir la source d'un préjudice et la nullité de l'inscription irrégulière peut être demandée par les créanciers postérieurs [3]. La jurisprudence est loin d'être fixée sur ce point. Elle a validé une inscription dans laquelle l'époque d'exigibilité avait été avancée d'abord parce que cette inexactitude *n'avait causé aucun préjudice* au créancier qui l'opposait [4], plus tard parce que cette erreur *n'avait porté ni pu porter* aucun préjudice aux tiers. Nous avons déjà dit qu'à notre avis la nullité n'était pas subordonnée à la condition d'un préjudice, qu'elle était encourue dès que les tiers étaient exposés à être trompés sur la solvabilité ou la situation hypothécaire du débiteur. Il est évident qu'on sera d'autant moins disposé à prêter, même sur garantie hypothécaire, que le débiteur sera exposé à être plus promptement poursuivi. Cela suffit, à notre avis, pour justifier l'annulation de l'inscription dans la seconde hypothèse [5] et pour déterminer à la valider

[1] Troplong, III, 683; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 352, 5e éd. p. 580; Thézard, 145; Colmet de Santerre, IX, 130 *bis*-X.

[2] Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 11; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 352, 5e éd. p. 580; Guillouard, III, 1208. — Riom, 3 août 1827, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1594-1°, S., 30. 2. 31.

[3] Aubry et Rau, *loc. cit.*

[4] Metz, 12 juill. 1811, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1598, S., 12. 2. 62. — Civ. rej., 3 janv. 1814, *J. G.*, eod. v°, 1600-1°, S., 14. 1. 82. — *Sic* Duranton, XX, 129; Troplong, III, 687.

[5] V. cep. Guillouard, III, 1207. Cet auteur n'admet pas la nullité, mais il décide que le créancier est lié par cette mention envers les tiers en ce sens qu'il ne pourra exercer ses droits qu'à l'époque mentionnée dans l'inscription.

dans la première. Nous ne saurions accepter la théorie rigoureuse adoptée dans le *Répertoire* de Merlin, et d'après laquelle la nullité serait encourue dans tous les cas (1).

Ainsi encore l'inexactitude commise dans les indications relatives au droit inscrit n'entraîne pas la nullité de l'inscription, si les énonciations insérées suffisent pour révéler aux tiers avec certitude la nature du droit conservé (2).

1705. En décidant que la nullité des inscriptions n'est pas subordonnée à la condition d'un préjudice éprouvé par les tiers, nous avons par cela même repoussé la théorie qui ne voit dans ces difficultés que des questions de fait jugées souverainement par les tribunaux.

Dire si les énonciations contenues dans les inscriptions satisfont aux exigences de la loi, si elles sont assez précises pour éclairer les tiers sur ce qu'ils ont intérêt à savoir, c'est résoudre une question de droit. Il appartient donc à la cour de cassation d'exercer à cet égard le pouvoir de contrôle dont elle est investie.

Il en doit surtout être ainsi, lorsqu'il y a lieu de décider si les mentions portées aux inscriptions sont équipollentes à celles exigées par l'art. 2148, et si elles fournissent les renseignements nécessaires aux tiers (3). La cour de cassation a souvent usé du pouvoir que nous lui reconnaissons. Les nombreuses décisions citées ci-dessus en sont la meilleure preuve. La cour suprême l'a fait en particulier pour les mentions relatives à la personne du débiteur constituant (4).

Il semble que cette théorie devrait être généralisée et appliquée à toutes les énonciations substantielles. La cour de cassation semble avoir exercé ce pouvoir en ce qui concerne l'indication de la date et de la nature du titre (5); cependant

(1) Tarrible, *Rép.* de Merlin, v° *Inscr. hyp.*, § 5, n. 11-5°.

(2) Paris, 10 mars 1892, S. (sous Req., 14 novembre 1893), 94. 1. 397. — Civ. rej., 26 novembre 1895, D., 96. 1. 316, S., 96. 1. 73. — *Sic* Guillouard, III, 12081. — Cpr. *supra*, II, 16481.

(3) Aubry et Rau, § 276, texte et note 31, III, 4e éd. p. 353, 5e éd. p. 581; Guillouard, III, 1209.

(4) V. notamment Req., 8 juill. 1840, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1516, S., 40. 1. 990. — Civ. rej., 13 juill. 1841, *J. G.*, eod. v°, 1456, S., 41. 1. 731.

(5) Req., 1er mai 1860, D., 60. 1. 510, S., 61. 1. 267.

dans l'arrêt du 9 janvier 1888 (1) elle paraît avoir consacré la doctrine contraire ; car au lieu de rechercher si les termes de l'inscription sont conformes aux prescriptions de la loi, elle se contente de relever les constatations de l'arrêt de la cour d'appel et en reconnaît implicitement la souveraineté : « Attendu que l'arrêt attaqué constate, en fait, que l'inscription » prise par Encognère, ne contient pas, même par un simple » équivalent, la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ».

La même incertitude peut être relevée dans les arrêts qui statuent sur la régularité des mentions relatives à la désignation des immeubles grevés. Dans certains arrêts, la cour de cassation examine et recherche elle-même si les mentions de l'inscription satisfont aux exigences de la loi (2). Cependant un arrêt de la chambre des requêtes du 15 février 1836 (3) semble n'y voir qu'une question de fait, et reconnaître aux juges du fond le droit de décider souverainement si les indications de l'inscription sont suffisantes pour individualiser la chose et prévenir toute erreur de la part des tiers. Nous pensons au contraire que ce sont là des questions de droit, sur la solution desquelles s'exerce la censure de la cour de cassation. La nullité est en effet encourue du moment où les tiers ont *pu* être trompés, sans avoir à rechercher *en fait* s'ils ont été victimes d'une erreur et s'ils ont éprouvé une lésion.

Nous appliquerons la même solution quand il s'agira de savoir si l'inscription renferme implicitement et par équipollent telle ou telle mention exigée à peine de nullité, par exemple en ce qui concerne l'indication de l'époque d'exigibilité de la créance (4).

(1) Req., 9 janv. 1888, D., 88. 1. 176, S., 88. 1. 101.

(2) V. not. Civ. rej., 6 mars 1820, S., 20. 1. 73. — Req., 19 fév. 1828, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1292, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX. 1. 38. — Req., 1er mai 1860, D., 60. 1. 510, S., 61. 1. 267. — Req., 4 mars 1873, D., 73. 1. 247, S., 73. 1. 305.

(3) *J. G.*, eod. v°, 1626, S., 36. 1. 81. — V. aussi Req., 12 nov. 1890, D., 91. 5. 307, S., 91. 1. 199.

(4) Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 353, 5e éd. p. 582; Guillouard, III, 1209. — Civ. cass., 28 mars 1838, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1594-4°, S., 38. 1. 164. — Civ. cass., 19 août 1840, *J. G.*, eod. v°, 1740-3°, S., 40. 1. 686. — Cass. ch. réun. rej., 6 déc. 1844, D., 45. 1. 15, S., 45. 1. 31. — Req., 15 nov. 1852, D., 53. 1. 98, S., 52. 1. 793. — Req., 15 juin 1864, D., 64. 1. 421, S., 64. 1. 254. — Req., 1er mai 1876, D., 76. 1. 481, S., 76. 1. 303.

1706. La validité des inscriptions se juge d'ailleurs d'après la forme en laquelle elles sont portées sur le registre. Les bordereaux sont exclusivement exigés dans l'intérêt respectif du conservateur et du créancier. Ils ne produisent aucun effet à l'égard des tiers. C'est l'inscription seule qui leur est opposable ; c'est l'inscription seule qui assure à leur égard l'efficacité de l'hypothèque. Par conséquent, la régularité des bordereaux n'empêchera pas de prononcer la nullité de l'inscription, si elle ne contient pas les énonciations subtantielles exigées par l'art. 2148. En sens inverse, l'irrégularité des bordereaux sera sans influence sur la validité de l'inscription, si elle contient toutes les mentions requises.

Cette théorie a cependant été contestée. Un auteur [1] a prétendu que l'inscription irrégulière est néanmoins valable, lorsque les bordereaux sont réguliers, sauf la responsabilité du conservateur envers les tiers. Le créancier a fait alors tout ce qui dépendait de lui pour sauvegarder ses droits, il a satisfait à toutes les exigences de la loi, il ne saurait souffrir de la faute commise par le conservateur.

Cette solution est en opposition avec le principe de la publicité, qui domine notre régime hypothécaire. L'hypothèque ne devient efficace que par la publicité qui lui est donnée, elle ne devient efficace que dans la mesure où elle a été publiée. Il faut donc qu'elle soit portée à la connaissance des tiers avec tous ses éléments essentiels ; il faut que les tiers aient connaissance des charges établies sur les immeubles affectés spécialement à leur garantie ; il ne faut pas qu'ils soient exposés à livrer leurs fonds sur des gages dont il ne leur a pas été possible d'apprécier la véritable valeur. Peu importe que les irrégularités soient le résultat d'une faute imputable à l'inscrivant ou au conservateur. Dans l'une et l'autre hypothèse, les tiers n'ont pas trouvé dans l'inscription les renseignements qu'ils devaient y rencontrer. Ils ont été ou ils ont pu être induits en erreur. Cela suffit pour que la nullité de l'inscription soit prononcée sur leur demande et pour que l'hypothèque soit destituée d'efficacité à leur égard. Le

[1] Taulier, VII, p. 345 et 346.

conservateur a commis une faute ; sa responsabilité sera engagée envers l'inscrivant, il sera tenu de réparer le préjudice dont il est l'auteur. C'est la situation inverse de celle prévue par l'art. 2108, lorsque le conservateur n'a pas, sur la transcription d'un acte de vente, pris d'office inscription du privilège du vendeur. Dans ce cas, la négligence du conservateur ne peut pas nuire au vendeur, dont le droit est conservé par la transcription ; mais il est responsable envers les tiers. Dans notre hypothèse, au contraire, la faute du conservateur nuit à l'inscrivant et sa responsabilité est engagée envers celui-ci (1).

1707. L'art. 2156 détermine les règles relatives aux actions auxquelles peuvent donner naissance les inscriptions hypothécaires : « *Les actions auxquelles les inscriptions peuvent* » *donner lieu contre les créanciers, seront intentées devant le* » *tribunal compétent, par exploits faits à leur personne, ou* » *au dernier des domiciles élus sur les registres ; et ce, nonobs-* » *tant le décès, soit des créanciers, soit de ceux chez lesquels* » *ils auront fait élection de domicile* » (2).

La loi ne nous fait pas expressément connaître le tribunal compétent pour connaître de ces actions. On décide généralement qu'elles doivent être portées devant le tribunal, dans le ressort duquel sont situés les immeubles hypothéqués. C'est la règle que l'art. 2159 édicte dans un cas particulier. Il semble raisonnable de la suivre en notre matière (3). Mais quel en est le motif ? Est-ce parce que, l'hypothèque étant un droit réel, les actions auxquelles elle donne lieu sont des actions réelles ? Nous nous contentons de poser ici la question ; nous la discuterons en présentant le commentaire de l'art. 2159 (4).

(1) Avis du conseil d'Etat, 11-26 déc. 1810. — Persil, II, sur l'art. 2150 ; Grenier, II, 530 ; Duranton, XX, 100 ; Troplong, I, 695 ; Pont, II, 948 et 1012 ; Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 354, 5e éd. p. 582 ; de France de Tersant, 71 ; Guillouard, III, 1210. — Civ. cass., 22 avril 1807, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, 1543-1°, S., 7. 1. 233. — Req., 29 avril 1829, *J. G.*, eod. v°, 2968, S., 29. 1. 182.

(2) Belgique, L. 16 déc. 1851, art. 94, al. 3. — Italie, *C. civ.*, art. 1999. — Monaco, *C. civ.*, art. 1995. — Neuchâtel, *C. civ.*, art. 1740, al. 1. — Valais, *C. civ.*, art. 1915. — Pays-Bas, *C. civ.*, art. 1238. — Haïti, *C. civ.*, art. 1923.

(3) Aubry et Rau, § 276, III, 4e éd. p. 354, 5e éd. p. 582 ; Colmet de Santerre, IX, 136-136 *bis* ; Guillouard, III, 1211.

(4) *Infra*, III, 1865.

Quant à la forme de l'action, il faut distinguer suivant que la demande en nullité est principale ou incidente.

Au premier cas et lorsque la demande est principale, elle est introduite par exploit d'assignation, signifié soit à la personne ou au domicile réel du créancier, soit au dernier des domiciles élus dans l'inscription.

Au second cas, la demande est formée, comme toutes les demandes incidentes, par acte d'avoué à avoué.

1708. Les inscriptions peuvent également être rectifiées, après qu'elles ont été portées sur les registres [1]. Les personnes qui ont le droit d'effectuer ou de requérir ces rectifications varient suivant les circonstances.

Lorsque l'irrégularité de l'inscription a sa cause dans l'irrégularité du bordereau présenté, la rectification peut avoir lieu à la requête soit du créancier, soit d'un tiers agissant au nom du créancier. A cet effet, il sera présenté au conservateur de nouveaux bordereaux, à l'aide desquels il sera opéré une nouvelle inscription, ainsi que nous le dirons tout à l'heure.

Lorsque l'irrégularité de l'inscription a sa cause dans une erreur ou dans une inadvertance du conservateur qui n'a pas fidèlement reproduit les énonciations contenues dans les bordereaux, la rectification peut être opérée d'office par le conservateur [2]. Il est juste, en effet, de mettre à sa disposition un moyen facile d'éviter la perpétuation de l'erreur et de lui permettre d'échapper pour l'avenir à la responsabilité encourue, en réparant la faute ou la négligence commise.

Dans l'une et dans l'autre hypothèse, il est inutile de s'adresser à la justice, dont l'intervention n'aurait pas de raison d'être. Sa décision ne pourrait en effet produire des effets plus étendus qu'une rectification. Elle ne saurait autoriser le créancier à se prévaloir de son hypothèque au préjudice de tiers qui ont traité ou pu traiter dans l'ignorance des renseignements qu'ils avaient intérêt à connaître et que l'inscription devait leur fournir mais ne leur a pas donnés.

(1) Espagne, *L. hyp.*, art. 254-264. — Guatémala, *C. civ.*, art. 2140-2143.
(2) Laurent, XXXI, 611; de France de Tersant, 82.

Elle ne saurait donc valider dans le passé une inscription frappée de nullité, donner à l'hypothèque une efficacité que la loi ne lui reconnaît pas. Les effets d'un jugement ne seraient donc pas plus étendus que ceux d'une rectification [1]. C'est la solution consacrée par un avis du conseil d'Etat des 11-26 décembre 1810 duquel nous nous contentons d'extraire les considérations suivantes : Considérant « que, sans recou- » rir à l'autorité des tribunaux, lesquels ne pourraient auto- » riser à faire sur des registres publics, des corrections qui » lèseraient des droits antérieurement acquis à des tiers, le » conservateur n'a qu'une seule voie légitime d'opérer la » rectification, en portant sur ses registres, et seulement à la » date courante, une nouvelle inscription ou seconde trans- » cription plus conforme aux bordereaux remis par les créan- » ciers ; — Qu'en cet état néanmoins, et pour obvier à tout » double emploi, la seconde transcription, constituant la » nouvelle inscription, doit être accompagnée d'une note rela- » tant la première inscription qu'elle a pour but de rectifier, » et que le conservateur doit donner aux parties requérantes » des extraits tant de la première que de la deuxième inscrip- » tion, — Est d'avis qu'au moyen de ces explications il n'y a » pas lieu de recourir à une autorisation solennelle ni de faire » intervenir l'autorité judiciaire en chaque affaire où il écherra » de rectifier une inscription fautive ». C'est aussi la procédure admise par la loi du 4 septembre 1807 relative à la rectification des inscriptions dans lesquelles on avait omis de mentionner l'époque d'exigibilité de la créance [2].

1709. La rectification s'opère au moyen d'une inscription nouvelle effectuée sur le registre à la date courante. L'avis du conseil d'Etat des 11-26 décembre 1810 a pris, comme on l'a vu, certaines mesures de précaution pour prévenir les doubles emplois. Il ordonne au conservateur de relater l'inscription primitive en marge de l'inscription nouvelle et de comprendre dans les extraits qu'il délivre la copie tant de la première que de la deuxième inscription ; ces formalités ne

[1] Pont, II, 1012 ; Aubry et Rau, § 277, III, 4e éd. p. 354, 5e éd. p. 583 ; Thézard, 145 ; de France de Tersant, 82 ; Guillouard, III, 1212-1213.

[2] V. le texte de cette loi, *supra*, II, 1701.

sont prescrites au conservateur que dans le cas où il rectifie d'office les inexactitudes dues à son inadvertance. Mais leur sagesse nous porte à les appliquer même dans les autres hypothèses, lorsque l'irrégularité de l'inscription est la conséquence de l'irrégularité du bordereau. Le danger est le même ; la même précaution devra être prise (1).

La rectification s'opérant au moyen d'une inscription nouvelle doit en produire les effets. Par conséquent, elle rend l'hypothèque opposable aux tiers ; cette efficacité date du jour de cette nouvelle inscription ; le rang du créancier hypothécaire se trouve ainsi déterminé. La rectification ne rétroagit donc pas dans le passé ; elle ne valide pas l'inscription primitive (2). Il en était autrement des rectifications opérées en vertu de la loi du 4 septembre 1807. L'art. 2 de cette loi décidait formellement que l'inscription rectifiée devait être considérée comme ayant toujours été complète. En l'absence d'un texte formel, nous devons admettre sans hésitation la solution contraire. Lorsque l'efficacité d'un acte est subordonnée à la condition de sa publicité réalisée dans les formes déterminées par la loi, il est évident que cette efficacité ne peut être assurée qu'à partir du jour où les formalités légales ont été remplies. Les tiers ne connaissent légalement l'hypothèque qu'à compter du jour où elle leur a été révélée par une inscription régulière, c'est-à-dire à compter du jour de la rectification.

1710. Les prescriptions de l'art. 2153 sont sanctionnées, comme celles de l'art. 2148, par la nullité des inscriptions qui ne contiennent pas les énonciations substantielles. L'absence des mentions, que nous avons appelées réglementaires, est sans influence sur l'efficacité de l'hypothèque. Il faut donc appliquer à ces inscriptions les solutions que nous avons données à propos des inscriptions d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires, sous la réserve toutefois des différences déjà signalées. Ainsi la loi n'exige ni l'indication de la date

(1) Aubry et Rau, § 277, texte et note 3, III, 4e éd. p. 355, 5e éd. p. 583 ; Guillouard, III, 1212.

(2) Aubry et Rau, § 277, III, 4e éd. p. 355, 5e éd. p. 583 ; Thézard, 145 ; Guillouard, III, 1213.

et de la nature du titre qui a donné naissance à l'hypothèque, ni l'indication de l'époque d'exigibilité, ni l'indication de l'espèce et de la situation des immeubles grevés, quand il s'agit d'hypothèque générale, ni l'évaluation des droits indéterminés garantis par l'hypothèque légale. L'absence de ces mentions, qui sont essentielles pour les autres hypothèques, ne sera donc pas une cause de nullité pour l'inscription des hypothèques légales.

Nous devons cependant signaler la modification que la loi du 5 septembre 1807, relative aux droits du Trésor public sur les biens des comptables, a apportée à l'art. 2153. En vertu du code, le Trésor public avait une hypothèque générale. La loi du 5 septembre 1807, en établissant sur certains immeubles un privilège, a restreint l'hypothèque légale et l'a spécialisée. Aussi l'art. 5 de cette loi prescrit-il au receveur de l'enregistrement et aux conservateurs des hypothèques de requérir et de faire, au vu des actes d'acquisition, inscription de l'hypothèque du Trésor. Cette inscription est faite sur l'immeuble nouvellement acquis, elle est donc spéciale, et la précaution que prend la loi du 5 septembre 1807 de renvoyer à l'art. 2148 nous prouve qu'il faut indiquer l'espèce et la situation de l'immeuble sur lequel l'inscription est requise. A ce point de vue, la disposition de l'art. 2153 se trouve modifiée. Mais la loi du 5 septembre 1807 est spéciale aux droits du Trésor public. Elle ne saurait être étendue à l'hypothèque légale des communes et autres établissements publics qui a conservé sa généralité, comme nous l'avons déjà vu, et continue, en conséquence, d'être régie par l'art. 2153.

1710 I. Le silence que garde sur ce point la loi du 10 juillet 1885, nous détermine à appliquer à l'hypothèque maritime les règles suivies en matière d'hypothèque conventionnelle immobilière. En conséquence, les mentions exigées par l'art. 8 pour l'inscription de l'hypothèque maritime sont sanctionnées de la même manière [1].

[1] Lyon-Caen et Renault, VI, 1641.

FIN DU TOME II

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME II

DEUXIÈME PARTIE *(Chap. III du Code)*

DES HYPOTHÈQUES

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES DE L'HYPOTHÈQUE

(Nos)		Pages
892.	Définition de l'hypothèque, ses caractères	1
893.	1° L'hypothèque est un droit réel	2
894.	Elle est un démembrement du droit de propriété	2
895.	2° L'hypothèque engendre un droit de préférence	4
896.	3° Elle engendre un droit de suite	5
897.	4° Elle est de sa nature indivisible	5
898.	De l'indivisibilité quant aux immmeubles grevés	5
899.	De l'indivisibilité quant à la créance garantie	6
900.	L'indivisibilité est seulement de la nature de l'hypothèque	7
901.	Elle est sans influence sur la nature de l'obligation garantie	8
902.	5° L'hypothèque est un droit accessoire et ne peut accéder qu'à une obligation valable	9
902 1.	Cette obligation peut être simplement éventuelle	10
903.	Autres conséquences du caractère accessoire de l'hypothèque	10
904.	Est-elle un droit mobilier lorsque la créance garantie est mobilière ?	11
905.	Peut-elle être détachée de la créance garantie ?	13
906.	Cession du droit d'exercer l'hypothèque	16
907.	Cession de priorité	17
908.	Promesse d'abstention	20

CHAPITRE II

DES BIENS SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUES

909.	Principe	21
910.	Comparaison de l'art. 2118 avec l'art. 2204	22
911.	Plan	23

(Nos) Pages

I. *Immeubles par leur nature.*

912. Fonds de terre, bâtiments, etc. 23
913. La nue propriété est, comme la pleine propriété, susceptible d'hypothèques 24
914. Des fruits pendants par branches et par racines. 24
915. Des mines. 25
915 I. Des carrières. 26
915 II. Concession perpétuelle dans un cimetière 27

II. *Immeubles par destination.*

916. Ils sont compris dans l'art. 2118 sous le nom d'accessoires réputés immeubles 27
917. Cessation de l'immobilisation par destination 28

III. *Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.*

918. Enumération 28
919. Usufruit des immeubles 29
920. Le propriétaire peut-il hypothéquer seulement la jouissance de sa chose? 29
921. Le droit de jouissance des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs n'est pas susceptible d'hypothèques 30
922. Il en est de même du droit de jouissance de la communauté ou du mari sur les biens de la femme 32
923. Droit de jouissance des envoyés en possession provisoire des biens d'un absent. 32
924. Influence de l'extinction de l'usufruit sur l'hypothèque 32
925. Renonciation de l'usufruitier à son droit 33
926. Abus de jouissance. 34
926 I. Droit des attributaires de parts de marais en Artois. 36
927. Droits d'usage et d'habitation 36
927 I. Droits d'usage dans les forêts 37
928. Servitudes ou services fonciers 37
929. Droit du preneur dans un contrat de bail ordinaire 37
930. Des constructions nouvelles élevées par le preneur 38
931. Démembrements de la propriété reconnus par notre ancienne jurisprudence 39
932. Rente foncière 39
933. Emphytéose. 40
934. Contrat de superficie 41
935. Bail à domaine congéable ou bail à convenant 41
935 I. Effet de l'hypothèque en cas de congément, d'exponse ou de vente sur bannies. 42
936. Du champart 43
937. Du bail à complant. 44
938. Du bail à colonage perpétuel ou à métairie perpétuelle 45
939. Du bail à locatairie perpétuelle 46
940. Du bail à culture perpétuelle 47
941. Du bail héréditaire 47
942. Bail à vie. 48

(Nos) Pages
943. Concessions de chemins de fer 48
943 I. Concession d'un pont à péage, d'un canal. 50
944. Actions qui tendent à revendiquer un immeuble 50
945-947. Peut-on hypothèquer une hypothèque?. 51

IV. *Immeubles par déclaration.*

948. Actions immobilisées de la Banque de France. 55
949. Les rentes sur l'Etat ne sont pas susceptibles d'hypothèque 55
950-952. Les meubles ne peuvent pas être hypothéqués. Sens de la maxime : *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* 56
953. Motifs de la prohibition 59
954. Dérogation en matière maritime 60
955. De l'hypothèque maritime 61
956-957. Navires susceptibles d'hypothèques. 62
958. L'hypothèque frappe aussi les accessoires 63
959. De l'hypothèque sur un navire en construction. 63
960. Prohibition de l'hypothèque du navire en cours de voyage 63
961. L'hypothèque maritime ne peut être établie que par convention . 64
961 I. Nantissement des fonds de commerce. Warrants agricoles. 64

CHAPITRE III

DES DIVERSES ESPÈCES D'HYPOTHÈQUES

962. D'où résultent les hypothèques 64
962 I. Définitions 65

SECTION PREMIÈRE

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES

963. Comparaison avec les privilèges. 67
964. Enumération des hypothèques légales. 67
965. Des privilèges dégénérés en hypothèques 68
966. De l'hypothèque légale des légataires. 68
967. L'hypothèque de la masse des créanciers d'une faillite est une hypothèque légale 69
968. Hypothèque légale de la Régie des douanes sur les immeubles des redevables 71

§ I. *De l'hypothèque légale de la femme mariée.*

I. *Origine. Mariages desquels résulte l'hypothèque légale.*

969. Droit romain. 72
970. Ancienne jurisprudence. 73
971. Droit intermédiaire 73
972. Code civil. 74
973. Motifs 74
974. Il faut un mariage valable. Mariage putatif. 75
975. Mariage d'une Française ou d'une étrangère avec un Français, célébré en France ou à l'étranger. 75

(Nos) Pages
976-978. La femme étrangère a-t-elle une hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France ? 76
979. Du mariage avec un commerçant déclaré ensuite en faillite. . . . 81

II. *Créances garanties par cette hypothèque.*

980. Principe. 82
981. L'hypothèque garantit toutes les créances qui appartiennent à la femme mariée en cette qualité contre son mari. Démonstration. Conséquences. 83
982. 1° De la dot. 87
983. Règles spéciales au cas où le mari commerçant est déclaré en état de faillite 88
984. 2° Des conventions matrimoniales. 90
985. Des donations faites par le mari à la femme. 91
986. Des avantages matrimoniaux résultant d'un texte de loi. 93
987. Influence de la faillite du mari 94
988. 3° Successions, donations. 94
989. 4° Aliénations de propres. Obligations 95
990-995 I. L'obligation contractée pendant la période suspecte par la femme d'un commerçant depuis déclaré en état de faillite donne-t-elle lieu à l'exercice de l'hypothèque légale ?. 96
996. Autres créances garanties par l'hypothèque. 108
997. Droits des héritiers de la femme 109

III. *Biens grevés de l'hypothèque légale.*

998. Comparaison des hypothèques légales de l'art. 2121 et des hypothèques conventionnelles. 110
999. Inconvénients de la généralité des hypothèques légales de l'art. 2121 112
1000. L'hypothèque atteint les immeubles présents et à venir. 112
1001. Des biens acquis par le mari sous condition suspensive ou résolutoire 114
1002. Elle n'atteint pas les immeubles des héritiers du mari. 116
1003. Elle peut être invoquée par les héritiers de la femme. 116
1004. L'hypothèque légale peut-elle être exercée contre les tiers acquéreurs d'immeubles du mari ? 116
1005. L'hypothèque de la femme mariée porte-t-elle sur les conquêts de la communauté ? 117
1006-1008. Quelle influence peut exercer l'acceptation ou la renonciation de la femme ? 119
1009. De l'aliénation ou de l'hypothèque par le mari des conquêts après la dissolution de la communauté 124
1010. Droits de la femme, lorsque l'ordre est ouvert avant la dissolution de la communauté 125
1011. Droits des créanciers de la femme et des subrogés à son hypothèque légale. 126
1011 I. Du cas où la communauté, dissoute par la séparation, est rétablie . 127
1012-1013. Influence de la faillite du mari 127
1013 I. Personnes qui peuvent se prévaloir de l'art. 563 C. com.. 129

(Nos) Pages
1013 II. *Quid juris*, en cas d'échange? 130
1014. L'hypothèque de la femme atteint-elle les améliorations apportées aux immeubles du mari depuis tombé en faillite? 131
1015. L'hypothèque légale frappe-t-elle la totalité de l'immeuble attribué moyennant une soulte ou adjugé sur licitation au mari héritier pour partie? 132
1015 I. *Quid juris* pour les immeubles dépendant d'une succession ouverte avant, mais partagée depuis le mariage? 135
1016. Ces restrictions à l'hypothèque légale cessent d'être appliquées après le concordat et le paiement des dividendes promis . . . 135

IV. *De la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée.*

1017. Motifs. 136
1017 I. Différence entre la restriction et la réduction 136

A. *Restriction.*

1018. Elle ne peut résulter que du contrat de mariage. — Conditions requises. — Il faut que la femme soit majeure. 137
1018 I. *Quid juris*, si la femme mineure est assistée des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage? . . 138
1019. C'est une exception à la règle de l'art. 1398 139
1020. La restriction peut être convenue sous tous les régimes matrimoniaux 139
1021. Modes d'opérer la restriction 140
1022. Quoique restreinte, l'hypothèque légale de la femme continue d'être dispensée d'inscription 141
1023. Les parties ne peuvent pas convenir que la femme n'aura pas d'hypothèque sur les immeubles de son mari. Applications. . 141
1024. De la clause par laquelle la femme se réserve la faculté de transférer son hypothèque sur d'autres immeubles 143
1025. Clause par laquelle les époux, après avoir cantonné l'hypothèque, se réservent de l'étendre à nouveau pendant le mariage. . . . 145

B. *Reduction.*

1026. La réduction ne peut résulter que d'une décision judiciaire. . . . 146
1027. Conditions requises 147
1028. Du consentement de la femme. 148
1028 I. Le consentement de la femme peut être conditionnel. 149
1029. La femme doit être majeure. 149
1029 I. Peu importe le régime matrimonial adopté par les époux. 150
1030. De la femme interdite 151
1031. De l'avis des quatre plus proches parents de la femme réunis en assemblée de famille. 152
1032. Tribunal compétent 153
1033. Contre qui et en quelle forme la demande en réduction doit-elle être introduite? 153
1034. Mission du tribunal. 154
1035. Le jugement ne peut pas acquérir l'autorité de la chose jugée. Conséquences. 155

(Nos) Pages
1035 I. La femme séparée de corps reste soumise aux dispositions des art. 2144 et 2145. 156
1036. Effets de la réduction. 157
1037. Ses effets sont-ils irrévocables ?. 159
1037 I. Droits de la femme dont l'hypothèque a été réduite 159
1037 II. L'extension de l'hypothèque réduite, si celle-ci devient insuffisante, doit-elle être rendue publique par une inscription ?. . . 160
1037 III. L'art. 2144 ne s'applique que pendant le mariage. 162

V. *De la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.*

1038. Motifs qui expliquent cette convention 163
1038 I. Ses origines. 163
1039. Sa validité. 164
1040. Sa consécration. 165
1041. Division. 166

A. *Dans quels cas la femme est autorisée à céder son hypothèque légale ou à y renoncer.*

1042. Dans quels cas ? Il faut que la femme soit majeure 167
1042 I. Caractère de la convention. Action paulienne 167
1043. Qu'elle ait le droit de disposer de sa dot et de son hypothèque. . 168
1044. Application du principe à la femme mariée sous le régime dotal. 169
1045. A la femme commune qui a stipulé la faculté de reprendre son apport franc et quitte. 171
1046. A la femme commune, dont les immeubles ne peuvent être aliénés que moyennant remploi. 171
1047. La subrogation ne produit aucun effet pour les droits attachés à la personne de la femme. 172
1048. Ni contre l'avoué qui, l'ayant représentée dans une instance en séparation de biens, de corps ou en divorce, a obtenu la distraction des dépens. 172
1049. Etendue de la subrogation. 172

B. *Diverses variantes de la convention par laquelle la femme transmet à un tiers le bénéfice de son hypothèque légale.*

1050. Division. 173

A. Cession.

1051. Modes divers qu'elle peut revêtir. 173
1052. 1. Cession de l'hypothèque légale détachée de la créance. 173
1053-1057. Caractères de cette opération. Controverse. 174
1058. 2. Cession de la créance hypothécaire de la femme contre son mari. 178
1059. 3. Cession du droit de priorité. 179

B. Renonciation.

1060. Au profit de quelles personnes elle peut intervenir. 180

1. Renonciation au profit d'un créancier du mari.

1061. Elle peut être expresse ou tacite 180

(Nos) Pages
1062-1063. De la femme qui s'oblige conjointement et solidairement avec son mari 181
1064. Caractère de la renonciation au profit d'un créancier du mari. . . 183
1065. Au profit de quelles personnes elle peut intervenir. 184

2. Renonciation au profit d'un acquéreur.

1066. Elle peut être expresse ou tacite. Renonciation expresse 185
1067. Renonciation tacite. 185
1068. Réforme opérée par la loi du 13 février 1889. 186
1068 I. Circonstances dans lesquelles il peut y avoir renonciation tacite. 186
1069. Pouvoir des juges. 188
1070. La renonciation tacite peut-elle être postérieure à l'aliénation ? . 188
1071. La renonciation tacite est inséparable de l'acte d'aliénation dont elle est l'accessoire 189
1072. Elle s'interprète d'une manière restrictive. 190

C. *En quelle forme doit être faite la cession ou la renonciation.*

1073. Elle n'est pas soumise aux formalités des art. 2144 et 2145. . . . 191

1. Subrogation, cession, ou renonciation en faveur d'un créancier.

1074. Code. Ses inconvénients. L. 23 mars 1855, art. 9. 193
1075. Elle exige un acte authentique. Motifs. Conséquences 194
1075 I. Du mandat à l'effet de consentir la subrogation 194
1076. Quelle que soit la forme de la subrogation. 195
1077. *Quid juris,* si l'acte présentait les caractères d'une cession de créance ? 195
1078-1079. *Quid juris,* si la subrogation est postérieure à la dissolution du mariage ? 196
1080. L'acte authentique n'est pas nécessairement un acte notarié . . . 198
1081. La nullité est la sanction de la loi 198
1082. Par qui elle peut être invoquée 199

2. Renonciation à l'hypothèque légale en faveur d'un acquéreur.

1083. Formes sous le code. L. 23 mars 1855. Controverse. 200
1084. L. 13 février 1889. 201
1085. Elle exige un acte authentique, non un acte notarié. 202
1086. L'acceptation de l'acquéreur est-elle nécessaire ? 203
1087. La nullité est la sanction de la loi. Qui peut l'invoquer ? 204
1088. Effet de l'acceptation de la communauté par la femme qui n'a pas concouru à l'aliénation d'un immeuble de la communauté . . 205
1089. Cette nullité peut-elle se couvrir ? 206

D. *De la publicité des cessions ou des renonciations.*

1090. Code. L. 23 mars 1855 207
1091. Des subrogations ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856. La publicité est-elle requise si le mariage était dissous à cette date ? 207
1091 I. *Quid juris,* si la dissolution du mariage se produit à une date postérieure ? 208

(Nos) Pages

1. Subrogation, cession, renonciation au profit d'un créancier.

1092. Formes de la publicité. 1° L'hypothèque légale n'a pas été inscrite. 209
1093. *Quid juris*, si la subrogation est accompagnée de la constitution d'une hypothèque conventionnelle ? 210
1094. 2° L'hypothèque légale a déjà été inscrite au profit de la femme. 211
1095. Ces formalités sont-elles prescrites lorsque la femme cède la collocation à laquelle elle a droit sur le prix de l'immeuble saisi et exproprié contre son mari en vertu de son hypothèque légale inscrite avant la transcription du jugement d'adjudication ? 212
1095 I. *Quid juris*, si l'hypothèque légale n'avait pas été inscrite ? 213
1096. L'inscription peut être utilement requise après la transcription de l'aliénation volontaire consentie par le mari 213
1097. L'inscription requise par un subrogé ne profite, en principe, qu'au requérant 215
1098. Sanction de ces règles. Les subrogés postérieurs peuvent opposer le défaut de publicité de la subrogation consentie 217
1098 I. Il en est autrement des tiers acquéreurs 217
1098 II. Ainsi que des créanciers du mari 218
1099. Droits des créanciers de la femme non subrogés à son hypothèque légale. 218

2. Renonciation à l'hypothèque légale au profit d'un acquéreur.

1100. La publicité est-elle requise ? Code. L. 23 mars 1855. Controverse. 219
1101. Réclamations. 222
1102. L. 13 février 1889 222
1103. Publicité. Comment elle se réalise. 222
1104. Aucun délai n'est fixé 224
1105. *Quid juris*, lorsqu'il existe des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme ? 224
1106. Sanction de la loi. Qui peut opposer le défaut de publicité ? Ayants cause du mari. 225
1107. Ayants cause de la femme. Subrogés postérieurs 226
1108. Les créanciers de la femme qui n'ont pas été subrogés à son hypothèque légale ne le peuvent pas. 226
1109. *Quid juris*, si la publicité de la subrogation au profit d'un créancier et la publicité de la renonciation au profit d'un acquéreur ont été réalisées le même jour ?. 227

E. *Effets de la subrogation ou de la renonciation.*

1110. Exposé général. 228

1. Effets de la subrogation à l'hypothèque légale au profit d'un créancier.

1111. Elle est en principe investitive 230
1112. Droits du subrogé. Droit de préférence. Droit de suite. 231
1113. La femme ne peut pas y porter atteinte par sa volonté unilatérale. 232
1114. Mais le droit du subrogé est subordonné à la condition de l'existence d'une créance de reprises. 233
1115. Influence de l'acceptation de la communauté par la femme. . . . 234

(Nos) Pages
1116. *Quid juris,* si la femme avait cédé une créance déterminée de ses reprises? 236
1117. Modes de preuve auxquels peut recourir le subrogé. 237
1118. A quelle époque le subrogé peut exercer le droit de la femme. . 238
1119. Exercice du droit de suite. 238
1120. Faculté de surenchérir. 238
1121. Exercice du droit de préférence après purge des hypothèques légales 239
1122. Ordre de préférence entre subrogés successifs. 239
1123. La subrogation peut être limitée dans son étendue. 240
1124. Subrogés à des créances différentes 240
1125. Subrogés à des parts aliquotes, mais distinctes. 241
1126. Subrogés jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. 242
1127. Subrogés sur certains immeubles. Comment il peut y avoir conflit entre eux. 242
1128. Entre ces subrogés l'ordre de préférence se détermine par la date non de la réalisation des biens ou de l'ouverture des ordres mais des inscriptions ou mentions. 243
1129. Il importe peu que la femme soit personnellement obligée. . . . 245
1130. Difficulté pratique. 246
1131. Influence de l'exercice de la subrogation sur le droit de la femme. 247
1132. Subrogation au profit d'un créancier de la femme seule. 247
1133. Le mari peut-il alors payer valablement entre les mains de la femme ou de ses héritiers? 247
1134. Subrogation au profit d'un créancier chirographaire du mari. . . 248
1135. Subrogation au profit d'un créancier hypothécaire colloqué sur le prix des immeubles affectés à sa sûreté. 249
1136. Influence sur le droit de suite. 251
1136 I. De l'exercice de la subrogation contre le tiers détenteur d'un immeuble sur lequel le subrogé avait hypothèque 251
1136 II. Du cas où le subrogé a été colloqué sur le prix d'un immeuble qui ne lui était pas affecté 252

2. Effets de la renonciation à l'hypothèque légale en faveur d'un acquéreur.

1° Avant la loi du 13 février 1889.

1137. Controverse. 252
1138. Dans tous les cas, elle éteignait le droit de suite. 253
1139. La femme conservait son droit de préférence sur le prix encore dû 253
1140. Le mari pouvait-il disposer librement de la créance du prix?. . . 254

2° Loi du 13 février 1889.

1141. Extinction du droit de suite. Survie du droit de préférence . . . 254
1142. La renonciation de la femme *vaut purge.* Sens de cette formule. 255
1143. Opposabilité aux tiers 256
1144. Droit pour l'acquéreur de demander la radiation de l'inscription. 257
1145. Conservation du droit de préférence. Son fondement 258
1146. Rapprochement avec les art. 717 et 772 Pr. civ. 259
1147. L'acquéreur ne peut pas payer son prix sans le consentement de

(Nos) Pages

la femme. Cette règle n'est pas une atteinte aux droits du mari. 260
1148. Précautions à prendre s'il y a d'autres créanciers inscrits sur l'immeuble. 261
1149. La conservation de ce droit de préférence n'est jamais subordonnée à la condition d'une inscription 262
1150. La femme peut-elle disposer de ce droit de préférence? Suivant quelles règles? 263
1151. De quelle manière la femme peut-elle consentir au paiement du prix par l'acquéreur? Interprétation de sa volonté. 264
1152-1153. Le consentement de la femme n'a pas besoin d'être constaté par acte authentique 265
1154. La renonciation au droit de préférence n'est assujettie à aucune condition de publicité 267
1155. Elle ne peut nuire aux autres créanciers hypothécaires. 268
1156. Extinctive en principe, cette renonciation est quelquefois translative 269
1157. La subrogation de l'acquéreur a alors lieu de plein droit. 270
1158. Est-elle soumise à la publicité? 271
1159. *1re hypothèse :* L'acquéreur invoque la subrogation contre des créanciers postérieurs en rang à la femme 271
1160. *2e hypothèse :* L'acquéreur se prévaut de la subrogation, alors que, depuis l'aliénation contenant renonciation et transcrite, des tiers ont été subrogés à l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari. Le consentement de la femme ne diminue pas sa créance de reprises. 272
1161-1161 I. Il n'est pas exact que la loi ait prévu une hypothèse irréalisable. 273
1162-1163. La loi n'a pas prévu le cas où la femme, après avoir subrogé l'acquéreur, cède son hypothèque soit d'une manière générale, soit sur l'immeuble vendu et sur d'autres immeubles. 274
1164. La loi n'a pas prévu le cas où l'acquéreur serait subrogé pour supplément de garantie sur d'autres immeubles du mari. . . . 277
1164 I. Elle n'a pas admis que l'acquéreur serait subrogé de plein droit à l'hypothèque légale sur tous les immeubles du mari. 278
1165-1165 I. Elle a voulu prémunir les subrogés postérieurs contre la perte du rang à laquelle les exposerait l'exercice par l'acquéreur du droit de préférence qui appartenait à la femme 279
1166. Il n'est pas exact de reprocher au législateur de ne pas avoir prévu le cas où des tiers seraient subrogés à l'hypothèque légale sur l'immeuble aliéné. 280
1167. Il n'est pas exact de prétendre que la loi ainsi interprétée est dépourvue de sanction 281
1168. Modes de réalisation de cette publicité. Critique. 283
1168 I. Conflit entre l'acquéreur subrogé et un tiers cessionnaire du droit de préférence. 283

§ II. *Hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

1169. Droit romain. 284
1170. Ancienne jurisprudence 284

(Nos) Pages
1171. Droit intermédiaire. Code. 285
1171 I. Des absents. L. 11 brumaire an VII. Code 285
1172. Fondement de l'hypothèque légale 285

I. *A quelles personnes appartient cette hypothèque légale.*

1173. Principe. 286
1174. En conséquence, elle n'atteint ni les immeubles du mandataire chargé par justice de gérer les biens d'un absent, ni ceux des envoyés en possession provisoire 286
1175. Ni les immeubles du conseil judiciaire. 286
1176. Ni les immeubles de l'administrateur provisoire nommé en vertu de l'art. 497 287
1176 I. Ni les immeubles de l'administrateur provisoire nommé à un individu non interdit placé dans un établissement d'aliénés. . . . 287
1177. Ni les immeubles du tuteur à la substitution 288
1178. Ni les immeubles du père administrateur légal 288
1178 I. Ni les immeubles du curateur au ventre 289
1179. Ni les immeubles du subrogé tuteur 289
1179 I. Ni les immeubles du tuteur *ad hoc*. 290
1180. Ni les immeubles de celui qui, sans être tuteur, gère, en vertu d'une obligation légale, le patrimoine d'un mineur 290
1181. Ni les immeubles du curateur d'un mineur émancipé 290
1182. Ni les immeubles du tuteur de fait. Controverse. Du tuteur putatif 290
1183. Elle grève les immeubles du tuteur d'un interdit légal comme ceux du tuteur d'un interdit judiciaire 291
1184. Les immeubles de tout tuteur, légal, testamentaire ou datif. . . . 292
1184 I. ..., du tuteur provisoire nommé en vertu de l'art. 142 292
1184 II. *Quid*, du tuteur nommé en vertu de la loi du 24 juillet 1889 ? . . 293
1184 III. Des tutelles administratives (V. l. 27 juin 1904, art. 14). 293
1185. Elle grève les immeubles du tuteur officieux. 293
1186. Les immeubles du protuteur et du cotuteur 294
1187. Les immeubles de la mère tutrice qui s'est remariée sans convoquer le conseil de famille et de son second mari. Controverse. 294
1188. Du mineur étranger. 297
1188 I. *Quid juris*, si la tutelle était dévolue selon la loi française ? . . . 297

II. *Créances garanties par l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

1189. Elle garantit toutes les créances que le mineur a, en cette qualité, contre son tuteur 298
1189 I. Garantit-elle le paiement des dettes dont le tuteur était débiteur envers le mineur au moment de son entrée en fonctions ? . . 299
1189 II. *Quid juris*, si au cours de la tutelle le mineur acquiert, par voie d'héritage, une créance contre son tuteur ? 299
1189 III. *Quid*, de la somme d'argent, charge d'un legs fait au tuteur ? . . 300
1190. Sommes reçues. — Dommages-intérêts. 300
1191. *Quid juris*, pour les reprises de leur mère que leur père conserverait après liquidation, en qualité de donataire ou de légataire en usufruit ? 300

(Nos) Pages
1191 I. *Quid juris*, s'il n'y avait pas eu de liquidation et par suite de novation de la créance des reprises ? 301
1192. Prix d'immeubles du mineur aliénés sans formalités 301
1193. *Quid juris*, pour la gestion postérieure à la cessation de la tutelle ? 302
1193 I. Elle survit à la reddition du compte et au paiement du reliquat . 303

III. *Biens grevés par l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit.*

1194. L'hypothèque est générale. 303
1194 I. La faillite du tuteur est sans influence sur l'hypothèque légale du mineur 304
1194 II. Son étendue après la cessation de la tutelle 304

IV. *De la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit.*

1195. Motifs. 304

A. *Restriction de l'hypothèque légale du mineur.*

1196. Conditions requises 305
1197. Elle n'est possible que pour la tutelle déférée par le conseil de famille et ne s'applique ni aux tutelles légales 307
1197 I. Ni à la tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère . 307
1197 II. Dans ces dernières hypothèses, le conseil de famille ne pourrait pas restreindre l'hypothèque légale 308

B. *Réduction.*

1198. Conditions 308
1199. 1° Il faut que l'hypothèque légale n'ait pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur 309
1199 I. *Quid juris*, si l'hypothèque avait déjà été réduite ? 310
1200. 2° Que le patrimoine immobilier du tuteur ait une valeur sensiblement supérieure au montant probable des créances garanties par l'hypothèque. 310
1201. 3° La demande doit être précédée d'un avis du conseil de famille. 310
1202. 4° Elle doit être formée contre le subrogé tuteur 311
1202 I. Tribunal compétent 311
1203. 5° Le ministère public doit être entendu en ses conclusions . . . 312
1204. Caractère contentieux de la demande. Qui peut interjeter appel ? 312
1205. L'hypothèque réduite continue d'être dispensée d'inscription. . . 312
1206. La restriction et la réduction n'ont rien d'irrévocable. 313
1207. *Quid juris*, après la cessation de la tutelle ? 313

§ III. *Hypothèque légale de l'État, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.*

1208. Motifs. 314
1209. A qui appartient cette hypothèque légale. 315
1210. Des fabriques et consistoires 315
1211. Les caisses d'épargne n'ont pas d'hypothèque légale. 316
1212. Personnes dont les biens sont grevés de cette hypothèque 317

(Nos) Pages
1213. De celui qui s'est ingéré, sans autorisation légale, dans le maniement des deniers publics 317
1214. Etendue de cette hypothèque 319
1214 I. Cette hypothèque doit être inscrite 320
1214 II. Peut-elle être réduite ? 320
1215. Des autres hypothèques légales. 320
1216. De l'hypothèque légale de la masse des créanciers d'un débiteur en état de faillite ou de liquidation judiciaire. 320
1217. Biens qu'elle grève. 322

SECTION II

DES HYPOTHÈQUES JUDICIAIRES

1218. Origine. — Droit romain 323
1219. Ancienne jurisprudence 324
1220. Droit intermédiaire 325
1221. Code civil. 326

I. *Sources de l'hypothèque judiciaire.*

1222. Sources d'où résulte l'hypothèque judiciaire. 327
1223. Le créancier peut-il y renoncer ? 327

N° 1. Jugement

1224. Le jugement est un acte de la juridiction contentieuse. 328
1225. L'hypothèque ne résulte pas des actes de la juridiction gracieuse. 329
1226. Applications. 330
1227. Produisent seuls l'hypothèque judiciaire les jugements de condamnation. 331
1228. Applications. 332
1228 I. De l'admission d'une créance au passif d'une faillite. 333
1228 II. Du jugement portant homologation d'un partage 333
1229. Peu importe l'objet de l'obligation 333
1230. Il n'est pas nécessaire que la condamnation soit actuelle et d'une somme liquide et déterminée 334
1231. Du jugement qui valide une saisie-arrêt 334
1232. Du jugement qui condamne à rendre compte. 335
1233. Du jugement qui condamne un débiteur à fournir caution 337
1234. Du jugement qui reçoit une caution judiciaire. 337
1234 I. Garanties remplaçant la caution *judicatum solvi* 337
1235. Résumé et exposé des deux théories qui divisent les auteurs et la jurisprudence. 337
1235 I. Exception. Accidents du travail. 339
1236. Peu importe la juridiction qui a rendu le jugement 339
1237. La forme et le caractère particulier du jugement 340
1238. Des jugements rendus par un juge incompétent 341
1239. Des jugements d'expédient 341
1240. Du jugement infecté d'un vice de nullité ou d'incompétence. Effets de sa rétractation, de sa cassation 342
1241. De l'annulation du jugement sur requête civile 343

(Nos) Pages

1242. Peu importe l'époque à laquelle le jugement a été rendu. Effets de la déclaration de faillite du débiteur condamné. 343
1243. Au préjudice de qui le jugement ne peut-il produire l'hypothèque ? 345
1244. Le jugement rendu contre une commune produit-il l'hypothèque judiciaire ? 345
1245-1246. Des contraintes administratives. 347
1247. Des jugements rendus en France ou à l'étranger par des juridictions françaises. 351
1248. Le bénéfice de l'hypothèque peut être invoqué même par les étrangers 352
1249. Dans quels cas des jugements rendus par les tribunaux étrangers produisent-ils hypothèque en France ? Traités. Lois politiques françaises. 352
1250. En dehors de ces cas, il faut qu'ils aient été déclarés exécutoires en France. 353
1251. Rôle du tribunal français. 354
1252. 1er Syst. Distinction entre les jugements prononçant une condamnation contre un Français ou contre un étranger 355
1253. Réfutation. 356
1254. 2e Syst. Les jugements étrangers ont en France l'autorité de la chose jugée, mais ils n'y ont ni la force exécutoire, ni la force hypothécaire. 357
1255. 3e Syst. Système de la révision 359

N° 2. Sentences arbitrales

1256. Sentences arbitrales rendues en France 363
1257. Sentences arbitrales rendues en pays étranger par des arbitres choisis par les parties 363
1258. Par des arbitres désignés par la justice. 366

N° 3. Actes judiciaires

1259. La reconnaissance ou vérification faite en jugement des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé est le seul acte judiciaire qui produise l'hypothèque 366
1260. Appréciation de la loi 367
1260 I. A quelle époque peut-être inscrite l'hypothèque, lorsque le jugement de reconnaissance ou de vérification a été rendu avant l'échéance ou l'exigibilité ?. 368
1261. Les parties peuvent déroger à cette règle. 370
1262. Il faut que la signature ait été apposée à un acte obligatoire sous seing privé. 370
1262 I. Jugement rendu d'accord et sur comparution volontaire des parties 371
1263. L'ordonnance de taxe des actes notariés accompagnée de l'exécutoire ne produisait pas l'hypothèque judiciaire. Controverse. 371
1263 I. Il en est autrement depuis la loi du 24 décembre 1897. Frais réclamés par un avoué distractionnaire des dépens. 372
1264. Créances garanties par l'hypothèque judiciaire 372
1265. Publicité de l'hypothèque judiciaire 372

(Nos) Pages
1265₁. Il suffit d'une seule inscription pour les immeubles compris dans le ressort d'un bureau. 374

II. *Assiette de l'hypothèque judiciaire.*

1266. Elle est générale. 374
1267. Elle ne frappe que les immeubles présents et à venir du débiteur, non ceux de ses héritiers. 375
1268. Sous le code, elle n'atteignait pas ceux qui, au moment de sa naissance, étaient sortis du patrimoine du débiteur par l'effet d'une aliénation. 375
1269. *Quid juris,* depuis la loi de 1855, si l'aliénation sujette à transcription n'a pas été transcrite ? 376
1270. Elle est soumise aux mêmes modalités que le droit de propriété du débiteur. Conséquences. 378
1271. Le jugement rendu contre une femme dotale emporte-t-il hypothèque judiciaire sur ses immeubles dotaux inaliénables ? . . 379
1272. *Quid juris,* du jugement rendu contre les autres incapables ? . . 380
1273. L'hypothèque résultant d'un jugement rendu contre le mari sous le régime de la communauté grève-t-elle définitivement les conquêts ? Ancienne jurisprudence 381
1274-1275. *Quid juris,* sous le code ? Controverse. 383
1276. Des obligations de la femme antérieures au mariage 386
1277. Le jugement rendu au profit d'un créancier porteur d'un titre exécutoire engendre-t-il l'hypothèque judiciaire ? 388
1278. *Quid juris,* si ce titre renferme une constitution d'hypothèque spéciale ? 389

SECTION III

DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES

§ I. *Généralités.*

1279. Définition. Caractères 390
1280. L'hypothèque est l'accessoire de l'obligation dont elle suit le sort. Conséquences 392
1280₁. Il n'y a pas à tenir compte des modalités de l'obligation. Des obligations éventuelles. 392
1281. Des ouvertures de crédit 394
1282. Limitation de la convention à une certaine somme 394
1283. Limitation de la convention à un certain temps 395
1284. Les parties peuvent y faire entrer des avances antérieures 396
1285. Justification des avances. 397
1286. Rang de l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit . . . 398
1287. Du cas où les avances sont représentées par des effets de commerce 402
1288. Modalités de la constitution hypothécaire. Clause de *voie parée.* 403
1289. Clause atteinte par la nullité. 403
1290. Clauses qui échappent à la nullité. Mandat. 403
1291. Vente de l'immeuble au créancier 404

(Nos) Pages
1292. L'hypothèque conventionnelle peut être consentie par un tiers pour sûreté de la dette d'autrui 406

§ II. *Conditions de fond et de forme requises pour l'existence ou la validité du contrat hypothécaire.*

No 1. Conditions de fond

1293. Enumération 407

I. *Première condition. — Propriété du constituant.*

1294. Il faut que le constituant soit propriétaire de l'immeuble grevé. . 407
1295. Il n'est pas nécessaire que le droit de propriété du constituant soit opposable à tous 408
1296. Les constructions élevées sur le terrain d'autrui peuvent être hypothéquées par le propriétaire du sol, si les constructions lui appartiennent. 409
1297. Elles peuvent l'être par le tiers constructeur s'il est investi d'un droit réel susceptible d'hypothèque 410
1298. Peuvent-elles l'être par le fermier ? 410
1298 I. *Quid* dans le silence du bail ?. 412
1299. Effets de l'hypothèque 413
1300. Effets pendant la durée du bail de l'hypothèque valablemeni consentie par le preneur. 414
1301. A l'expiration du bail, le créancier hypothécaire peut-il demander une collocation par préférence ? 415
1301 I. Des constructions élevées par un possesseur. 417
1301 II. Bâtiments élevés sur les dépendances du domaine public. 417
1302. Exception au principe dans le cas d'ameublissement indéterminé ou ameublissement en valeur. 417
1302 I. *Quid* s'il porte sur les immeubles présents et à venir de la femme ? 419
1303. De l'héritier apparent. 420
1303 I. Du propriétaire qui n'est qu'un prête nom 420
1304. De l'hypothèque de la chose d'autrui. Rapprochement avec la vente de la chose d'autrui 421
1305. L'hypothèque de la chose d'autrui est inexistante 422
1306. L'acquisition ultérieure par le constituant de la propriété de l'immeuble ne valide pas l'hypothèque. 424
1307. Hypothèque constituée en vue du cas où le constituant deviendrait propriétaire 426
1308. Du cas où le véritable propriétaire devient l'héritier du constituant 427
1309. Ratification de l'hypothèque par le propriétaire. 427
1310. De l'hypothèque constituée par un porte-fort. 429
1310 I. Effets de la ratification du propriétaire. 430
1311. Personnes admises à opposer la nullité ou l'inexistence de l'hypothèque de la chose d'autrui. Droits du débiteur et de ses héritiers 431
1311 I. Situation du tiers *non dominus* qui a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui 432

(Nos) Pages
1312. Droits des tiers. 432
1313. Les contestations dont le droit du constituant est l'objet empêchent-elles la validité de l'hypothèque? 433
1314. Effets des modalités dont ce droit peut être affecté 433
1315. Du propriétaire sous condition suspensive. 434
1315 I. Du grevé dans une substitution permise. 435
1316. Du propriétaire sous condition résolutoire. 435
1316 I. Moyens de prévenir ces dangers. 436
1317. L'aliénateur sous condition résolutoire peut-il hypothéquer? . . 436
1318. *Quid juris*, lorsque l'action en réméré ou en résolution est exercée par un cessionnaire? 438
1319. Du propriétaire dont le droit est sujet à rescision. 440
1320. De l'hypothèque constituée sur l'immeuble commun par l'un des copropriétaires par indivis. Du cas où l'immeuble est attribué ou adjugé à un autre copropriétaire 440
1320 I. Du cas où il est adjugé à plusieurs des copropriétaires conjointement 442
1321. Du cas où il est attribué ou adjugé au constituant. 442
1322. Du cas où il est adjugé à un tiers. 443
1322 I. Du cas où l'hypothèque a été constituée par tous les copropriétaires 444
1323. Il n'y a pas à tenir compte de la cause qui a donné naissance à l'indivision 444
1323 I. De l'hypothèque constituée sur une part indivise d'un navire. . . 445

II. *Deuxième condition. — Capacité d'aliéner.*

1324. Le constituant doit être capable d'aliéner. Motifs. 445
1325. Des incapables d'aliéner. 446
1326. De la femme mariée. De la femme séparée de biens. 446
1327. De la femme séparée de corps. L. 6 février 1893. 447
1328. De la femme mariée sous le régime dotal. 448
1329. De la femme commerçante 449
1330. De l'hypothèque des immeubles appartenant à un mineur. 449
1331. Des interdits. 450
1332. De l'individu pourvu d'un conseil judiciaire.. 450
1333. Sanction de ces incapacités. Caractère de la nullité. 450
1333 I. Cette nullité peut se couvrir par une confirmation ou par la prescription 450
1334. Effet de la prescription de l'action en nullité. 451
1335-1337. Effet de la ratification expresse. Controverse. 451
1337 I. Du propriétaire auquel il a été interdit d'hypothéquer. 455
1337 II. De celui auquel il a été fait défense d'aliéner 455
1337 III. Des personnes morales. 455
1338. De la nullité de l'hypothèque constituée au préjudice des créanciers. 455
1339. De l'individu en état de déconfiture. 456
1340. De celui dont les immeubles ont été saisis lorsque la saisie a été transcrite 458
1341. *Quid juris*, si le débiteur avait fait cession de biens à ses créanciers? 459

(Nos) Pages
1342. Le commerçant en état de faillite peut-il hypothéquer ses immeubles? 461
1343. Nullité des hypothèques constituées pendant la période suspecte pour sûreté de dettes antérieures 461
1344. De l'hypothèque affectée à la sûreté d'une obligation nouvelle . . 463
1345. Application de ces principes à l'hypothèque maritime. 464
1346. Cette règle est étrangère aux privilèges 464
1347. Elle ne s'applique qu'aux hypothèques consenties par le débiteur, non à celles constituées par un tiers 465
1348. De la nullité facultative de l'art. 447 C. co. 465
1349. Ces dispositions s'appliquent à la liquidation judiciaire 466
1350. La nullité des art. 446 et 447 C. co. est relative 467
1351. Le failli ne peut pas l'invoquer 468
1352. Effets de la nullité prononcée à la demande des syndics. 469
1353-1356. Profite-t-elle aux créanciers hypothécaires postérieurs? Controverse. 469
1357. Du mandat à l'effet d'hypothéquer. 478
1358. Le mari peut hypothéquer les immeubles de communauté 479
1359. Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ne peuvent hypothéquer ses immeubles qu'en vertu d'un jugement. 479
1360. De l'époux présent qui opte pour la continuation ou la dissolution provisoire de la communauté 480
1361. Des envoyés en possession définitive. 482
1362. Du mineur commerçant 482

III. *Troisième condition. — Spécialité de l'hypothèque.*

1363. Droit romain 482
1364. Ancienne jurisprudence 483
1365. Droit intermédiaire. 484
1366. Code. Motifs 484
1367. La spécialité n'a pas son fondement dans la publicité 486
1368. La spécialisation dans l'inscription ne saurait réparer le vice de la constitution hypothécaire 486
1369. Division. 488

1. De la spécialité quant au gage hypothécaire.

1370. En quoi elle consiste. 488
1371. Est-il nécessaire d'indiquer la nature du droit hypothéqué? . . . 490
1372. Applications. Hypothèque établie sur un seul immeuble. 491
1373. Hypothèque établie sur un domaine ou sur une ferme 491
1374. De l'hypothèque constituée par le débiteur sur tous les immeubles qui lui appartiennent dans telle commune, etc. 492
1375. De l'hypothèque constituée sur tous les immeubles appartenant au débiteur dans telle commune et consistant en maisons, bâtiments, prés, bois, vignes, etc. Controverse. 493
1376. Il n'y a pas de formules sacramentelles. Etendue du pouvoir d'appréciation des tribunaux. 496
1377. Sanction. Caractère de la nullité. 497

(Nos) Pages
1378. Droits du créancier après l'annulation de l'hypothèque 498
1379. Spécialisation dans l'inscription. Rapprochement 499
1380. A quelles conditions le débiteur peut hypothéquer tous ses immeubles présents. 500
1381. Interdiction de l'hypothèque des biens à venir. 500
1382. Exceptions 501
1383. 1re Exception. Insuffisance des biens présents 501
1384. Conditions : 1o Il faut que le débiteur hypothèque ses immeubles présents. 502
1385. Le débiteur qui n'a pas de biens présents peut-il hypothéquer ses biens à venir? 503
1385 I. L'hypothèque consentie par le copropriétaire par indivis sur les biens communs et ses biens à venir est-elle valable, s'il ne reçoit aucune part des biens communs? 503
1386. 2o Il faut que les biens présents soient insuffisants et que cette insuffisance soit déclarée 504
1387. Sanction. Nullité. Droits du créancier 505
1388. 2e Exception. Perte ou diminution des sûretés 506
1389. Il faut que la dette ne soit pas échue 508
1390. *1re Hypothèse :* Perte ou diminution des sûretés par le fait du débiteur. 508
1391. *2e Hypothèse :* Perte ou diminution des sûretés par un événement de force majeure 510
1392. Conditions requises 511
1393. A quelles hypothèques s'applique cette règle. 513
1394. *Quid juris,* pour les hypothèques légales lorsqu'elles ont été restreintes ou réduites?. 514
1395-1396. *Quid juris,* si la maison hypothéquée et détruite par un incendie était assurée? 514
1397. Du cas d'expropriation pour cause d'utilité publique 516
1398. Effets de l'hypothèque des biens à venir. Sa publicité 517
1398 I. Cette hypothèque n'est pas seulement subsidiaire et le créancier est admis à l'exercer sans être tenu de prouver qu'il n'a pas pu obtenir son paiement sur le prix des biens présents 519

2. De la spécialité quant à la créance hypothécaire.

1399. En quoi elle consiste. 520
1400. Elle est requise dans le titre constitutif de l'hypothèque 521
1401. Elle est requise dans l'inscription. 521
1402. Etude du texte de l'art. 2132 522

No 2. Conditions de forme.

1403. Le contrat hypothécaire est un contrat solennel. 524
1404. Origine de cette règle. Ancienne jurisprudence 525
1405. Code 526
1406. Motifs 526
1407. La solennité n'est requise que pour l'acte constitutif, non pour la promesse d'hypothèque 527
1407 I. Effets de la promesse d'hypothèque constatée par acte sous seing privé 528

(Nos) Pages

1407 II. *Quid juris*, si les parties avaient voulu constituer ainsi une hypothèque ? 529
1408. Il n'est pas nécessaire que l'obligation garantie soit constatée par un acte authentique 529
1409. Cet acte authentique doit être un acte notarié 530
1410. L'enregistrement est-il nécessaire pour la validité de la convention ? 531
1411. L'acte peut être reçu en brevet 533
1412. La reconnaissance devant un notaire ou le dépôt de l'acte sous-seing privé au rang de ses minutes valide la constitution de l'hypothèque 534
1412 I. De la confirmation de l'hypothèque constituée par un acte sous seing privé ou par un acte notarié nul 536
1413. Le mandat à l'effet de constituer hypothèque doit être constaté par acte notarié. 537
1414. Application du principe aux constitutions d'hypothèques sur des immeubles appartenant à des sociétés commerciales. 538
1415. Réforme opérée par la loi du 1er août 1893. 540
1416. L'acceptation du créancier doit-elle être constatée par acte notarié ? 541
1417. Acceptation par un mandataire ou par un gérant d'affaires 543
1417 I. Acceptation par un porte-fort 543
1417 II. Le notaire qui reçoit l'acte constitutif peut-il accepter pour le créancier ? 543
1418. Les actes administratifs peuvent-ils contenir une constitution d'hypothèque ? 545
1419. L'hypothèque conventionnelle peut-elle résulter d'un acte passé en pays étranger ? Actes reçus par les chanceliers de nos consulats 547
1420. Hypothèques constituées dans des actes reçus par des officiers publics étrangers. Lois politiques. Traités 549
1421. *Quid juris* en dehors de ces hypothèses ? 550
1422. La loi fournit-elle alors au créancier le moyen d'assurer la conservation de son droit ? 551
1423. Hypothèque maritime. Elle peut être établie par des actes sous seing privé 552
1424. Elle peut résulter d'actes passés en pays étranger 553
1425. Hypothèque constituée en pays étranger sur des navires étrangers. 554

CHAPITRE IV

DU RANG QUE LES HYPOTHÈQUES ONT ENTRE ELLES

1426. De la publicité. Comment elle se réalise 555
1427. Histoire. Grèce. 555
1428. Droit romain 556
1429-1430. Ancienne jurisprudence 557
1431. Tentatives de réforme 560
1432. Droit intermédiaire 562
1433. Droit civil. 564
1434. La loi ne traite ici que du droit de préférence. 565

(Nos) Pages
1435. Au point de vue du droit de suite, les mêmes règles régissent les privilèges et les hypothèques 565
1436. Il en est autrement pour le droit de préférence 566
1437. Quelles hypothèques sont soumises à la règle de la publicité ? . . 567
1438. La publicité est une condition requise non pour l'acquisition du droit, mais pour son efficacité à l'égard des tiers. 568
1439. La publicité n'est pas requise dans les rapports des parties 570
1440. Que faut-il entendre par tiers en matière hypothécaire? 571
1441. L'inscription est le seul mode de publicité reconnu par la loi . . 574
1442. Les tiers intéressés peuvent renoncer à se prévaloir de l'art. 2134. 575

N° 1. Principe

1443. Règle 576
1444. La date de l'inscription détermine le rang de l'hypothèque 577
1445. Créanciers inscrits le même jour 578
1446. L'hypothèque maritime est soumise à la même règle 580
1447. Application de la règle à l'hypothèque conventionnelle des biens à venir 580
1448. Application de la règle aux hypothèques générales, légales ou judiciaires 581
1449. Conflit sur les biens à venir de créanciers munis d'hypothèques judiciaires inscrites à des dates différentes. Ancienne jurisprudence 582
1450. Code 583
1451. Conflit entre hypothèques légales générales, ou entre ces hypothèques et des hypothèques judiciaires 585
1451 I. *Quid juris,* s'il y avait conflit entre des hypothèques générales appartenant à des créanciers de l'acquéreur et des hypothèques générales ou spéciales appartenant à des créanciers du précédent propriétaire? 585

N° 2. Exceptions au principe

1452. Etendue des exceptions 586
1453. Motifs 588
1453 I. Projet de réforme hypothécaire. Avis de la cour de cassation. Projet de la commission du Sénat 589
1454. Critiques. Réformes opérées par les lois du 10 juillet 1850 et du 23 mars 1855, art. 8 590
1455. La dispense de publicité est générale ; elle s'applique au droit de suite comme au droit de préférence 592
1456. Elle s'applique à tous les immeubles grevés de ces hypothèques légales 593
1457. Elle s'étend à toutes les créances garanties par l'hypothèque légale de la femme, du mineur et de l'interdit. 594
1458. Même aux créances de la femme qui ne sont pas comprises dans l'énumération de l'art. 2135 594
1459. La loi a fixé le rang des hypothèques légales dispensées d'inscription. Les parties ne peuvent y déroger 596

(Nos) Pages

I. *Hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

1460. Elle a une date unique. 598
1461. Comparaison avec l'hypothèque conventionnelle du créditeur . . 599
1462. Fixation exacte de la date de cette hypothèque 599
1463. Applications 601

II. *Hypothèque légale de la femme mariée.*

1464. Elle n'a pas une date unique. Comparaison avec l'ancienne jurisprudence 601
1465. Historique de la rédaction du Code sur ce point. 602
1466. Motifs en faveur du système du projet primitif 606
1467. Motifs en faveur des modifications proposées par le tribunat. . . 608
1468. Sens général de l'art. 2135 609
1469. 1re opinion. En principe et sauf exception, l'hypothèque légale date du jour de la célébration du mariage 610
1470. Objections 611
1471. 2me opinion. L'hypothèque date du jour où la créance de la femme a pris naissance 613
1472. Objections 614
1473. 3me opinion. L'hypothèque date du jour où a commencé l'administration du mari. Objections 615
1474. 4me opinion. La date de l'hypothèque doit être déterminée par analogie dans les cas non prévus par le texte. 616
1475. 5me opinion. L'hypothèque date du jour du mariage pour les droits que la femme acquiert dès la célébration du mariage sauf une exception relative aux donations et successions, du jour où la créance de la femme ne dépend plus d'une manifestation nouvelle de sa volonté dans toutes les autres hypothèses 617
1476. Applications. Dot. 620
1477. Conventions matrimoniales 623
1478. L'hypothèque date du jour de la célébration du mariage, non du jour du contrat de mariage 624
1478 I. Stipulation de reprise d'apport franc et quitte en cas de renonciation 626
1479. Exception. Sommes dotales provenant de successions ou de donations 626
1480. L'hypothèque date du jour de l'ouverture de la succession 629
1481. Ou du jour que les donations ont eu leur effet. Donation conditionnelle. 630
1482. Donation de biens à venir 631
1483. Obligations contractées par la femme conjointement ou solidairement avec son mari. Rang de l'hypothèque 632
1484. Preuve de la date de l'obligation 633
1484 I. *Quid juris*, si la femme invoque un commencement de preuve par écrit ? 635
1485. Aliénation des propres de la femme. Rang de l'hypothèque. . . . 635
1486. Vente consentie par le mari seul et ultérieurement ratifiée par la femme. 636

(Nos) Pages
1487. Preuve de la date de l'aliénation 637
1487 I. Du cas où le remploi est obligatoire 637
1488-1489. Restitution du prix des immeubles dotaux aliénés pendant le mariage. Controverse 638
1490. *Quid juris*, s'il a été conféré au mari par le contrat de mariage pouvoir de vendre les immeubles dotaux seul et sans le consentement de sa femme ? 645
1491. Dommages-intérêts à raison des fautes commises par le mari dans l'administration des biens dotaux 645
1492. Rang de l'hypothèque en ce qui concerne les biens paraphernaux et ceux de la femme séparée 646
1493. Frais de l'instance en séparation de biens. Controverse. 648
1494. Frais de l'instance en séparation de corps 651
1495. Frais de l'instance en divorce. 652
1496. Pension alimentaire allouée à la femme séparée de corps. 653
1497. Pension alimentaire allouée à la femme qui a fait prononcer le divorce 654
1497 I. Du rang de l'hypothèque lorsque la femme est créancière et débitrice de récompenses 654
1498. Observation. Non rétroactivité 657

N° 3. Modifications apportées a l'art. 2135 par la loi sur la transcription.

1499. En vertu du code, la dispense d'inscription se prolongeait après la majorité du mineur et la dissolution du mariage 657
1500. Réforme. Loi de 1855. Comparaison avec l'édit de 1673. 659
1501. Motifs de la réforme. 660
1502. Délai accordé pour prendre inscription. Mineurs et interdits. Point de départ du délai. 661
1503. Cessation de la tutelle par la majorité du mineur ou un jugement de mainlevée de l'interdiction. 662
1504. Cessation de la tutelle par l'émancipation du mineur 662
1505. Cessation de la tutelle par la mort du mineur ou de l'interdit. . . 664
1506. On applique aux héritiers mineurs la même règle qu'aux héritiers majeurs. 665
1507. Mort, excuse ou destitution du tuteur en exercice. 666
1508. Femme mariée. Point de départ du délai. 667
1509. Règles à suivre en cas d'absence 668
1510. Règles à suivre en cas de constatation judiciaire du décès 669
1511. Séparation de biens. Séparation de corps. 669
1512. La loi du 6 février 1893 n'a pas modifié ces règles 670
1513. Dissolution du mariage par le prédécès de la femme 672
1514. L'obligation de requérir inscription incombe même à ses héritiers mineurs dans tous les cas. Controverse 672
1515. L'art. 2146 ne s'applique pas lorsque l'inscription est requise dans le délai d'un an 675
1516. Conséquences de l'expiration du délai d'un an sans inscription. 676
1517. L'art. 2146 reçoit alors son application 677
1518. *Quid juris*, si avant l'expiration de ce délai l'hypothèque avait produit son effet légal? 677

(Nos) Pages
1519. A l'égard de quelles personnes l'inscription est-elle alors une condition d'efficacité de l'hypothèque ? 678
1520. Dans quels cas l'inscription de ces hypothèques devient-elle nécessaire pendant la durée de la tutelle ou du mariage ? 679
1521. Subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Renvoi. 682
1522. Disposition transitoire 682

N° 4. Mesures tendant a assurer autant que possible la publicité des hypothèques dispensées d'inscription

1523. Motifs 683
1523 I. Dans quels cas peut-il ou doit-il être requis inscription ? 683
1524. Obligation imposée aux maris et tuteurs 684
1525. Obligation imposée aux subrogés tuteurs. 685
1526. Hypothèque de la femme mariée 686
1527. Du procureur de la République. 686
1527 I. Comparaison avec l'art. 692 Pr. civ. 688
1528. Conservateurs des hypothèques. 688
1529. De l'étendue de l'inscription 689
1530. Sanction contre les maris et tuteurs 689
1531. Elle est étrangère au cas de vente 690
1532. Dans quels cas le mari ou le tuteur a-t-il consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques ? 691
1533. Conditions requises 693
1534. *Quid juris*. si les tiers ont eu connaissance de l'hypothèque ? . . 694
1535. Sanction contre le subrogé tuteur. Il est personnellement responsable envers le mineur 696
1536. Envers les tiers. Personnes comprises dans cette catégorie. . . . 697
1537. Personnes auxquelles la loi accorde la faculté de faire inscrire ces hypothèques légales 699
1538. Sort de l'inscription requise par d'autres personnes. 700

TROISIÈME PARTIE (*Chap. IV, V et VI du Code*)

RÈGLES COMMUNES AUX PRIVILÈGES IMMOBILIERS ET AUX HYPOTHÈQUES

1539. Publicité. Inscription. Ses règles 702

CHAPITRE PREMIER

EN QUEL LIEU ET EN QUEL TEMPS L'INSCRIPTION DOIT ÊTRE PRISE

§ I. *En quel lieu.*

1540. A quel bureau elle se fait 703
1541. Biens situés dans plusieurs arrondissements. Actions immobilisées de la Banque de France 705
1541 I. Circonscriptions hypothécaires remaniées 705
1542. Sur qui elle est prise. Publicité personnelle. Critique. 706

(Nos) Pages
1543. Hypothèque maritime. Fonctionnaires compétents. 707
1544. Hypothèque sur un navire en construction ou acheté à l'étranger 709

§ II. *En quel temps l'inscription doit être prise.*

1545. Division. 710

No 1. A DATER DE QUELLE ÉPOQUE L'INSCRIPTION PEUT ÈTRE PRISE

1546. Inscription des privilèges. Art. 2106. Renvoi 710
1547. L'inscription des hypothèques peut être faite immédiatement après leur naissance 710
1548. Hypothèque conventionnelle 711
1548 I. Hypothèque conventionnelle des biens à venir 711

No 2. JUSQU'A QUELLE ÉPOQUE L'INSCRIPTION PEUT ÊTRE UTILEMENT EFFECTUÉE

1549. Inscription des privilèges 712
1550. Inscription des hypothèques. 713
1551. Exceptions 713

1. Transcription de l'acte d'aliénation.

1552. Elle intéresse le droit de préférence comme le droit de suite. . . 713
1553. Motifs de l'inefficacité de l'inscription tardive 715
1554. Code. Réforme opérée par la loi du 23 mars 1855. 716
1555. Privilèges et hypothèques procédant du chef des propriétaires antérieurs à l'auteur de l'aliénation. 717
1556. Conflit entre un créancier hypothécaire de l'acquéreur qui n'a pas fait transcrire et un créancier hypothécaire du vendeur. . . . 718
1557. Transcription après aliénation volontaire ou expropriation forcée 719
1558. *Quid juris*, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique? 720
1559. Cessions amiables des terrains soumis à l'expropriation. 722
1560. Pour l'hypothèque maritime, la mutation en douane remplace la transcription 723

2. Faillite du débiteur.

1561. Règle de l'art. 2146. Modifications qu'elle a reçues 723
1562. Loi du 28 mai 1838 relative aux faillites 725
1563. L'inscription doit être prise avant le jour du jugement déclaratif. 725
1564. Cette règle est étrangère aux inscriptions requises du chef des précédents propriétaires. 726
1565. *Quid juris*, pour les inscriptions requises sur des immeubles aliénés avant la faillite en vertu d'actes qui n'ont pas été transcrits?. 726
1566. Droits de préférence nés depuis la faillite 728
1567. Inscriptions prises pendant la période suspecte 729
1567 I. *Quid juris*, en cas de liquidation judiciaire? 730
1568. L'inefficacité des inscriptions n'est que relative 731
1569. Ces règles ne s'appliquent pas en cas de déconfiture 731
1570. *Quid juris*, en cas de cession de biens volontaire ou judiciaire? 732

(Nos) Pages

3. Mort du débiteur, suivie de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire.

1571. Inefficacité 734
1571 I. Motifs. 1re explication 734
1572. Sa critique 735
1573. 2e explication. Objection. 735
1574. 3e explication. 737
1575. Cette justification n'est pas péremptoire 738
1576. Il suffira que l'inscription soit postérieure au décès, si la succession est ultérieurement acceptée sous bénéfice d'inventaire. . 739
1577. Il en est ainsi, même lorsque la succession est dévolue à un mineur ou à un interdit 740
1578. *Quid juris*, si de plusieurs héritiers les uns acceptent purement et simplement, les autres sous bénéfice d'inventaire? 740
1579. Etendue de la garantie résultant de l'inscription qui aurait été valablement prise 743
1580. L'art. 2146 est étranger au cas de renonciation. 745
1581. La vacance de la succession produit, à ce point de vue, le même effet que l'acceptation bénéficiaire 745
1582. L'art. 2146 ne peut pas être invoqué en cas d'acceptation pure et simple. 746
1583. Effets de l'inscription requise pendant l'indivision. 747
1584. Effets de l'inscription requise après partage. 748
1585. Il importe peu que les créanciers aient demandé la séparation des patrimoines. 750
1585 I. Inscriptions requises du chef des précédents propriétaires ou sur des immeubles aliénés par le *de cujus*. 752
1586. L'art. 2146 est étranger aux inscriptions prises en renouvellement 752
1587. Et aux inscriptions particulières prises pour la sûreté des intérêts 754
1588. A quelles sûretés s'appliquent les art. 2146 C. civ. et 448 C. co.? 755
1589. Ils s'appliquent à toutes les hypothèques dont l'efficacité est subordonnée à la condition de publicité. 755
1590. Mais non aux hypothèques légales dispensées d'inscription. . . . 756
1591. Le tribunal peut-il annuler l'inscription d'une hypothèque légale prise dans l'année de l'art. 8 L. de 1855, mais depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents? . . . 757
1592. L'art. 2146 s'applique aux privilèges immobiliers assujettis à la publicité 759
1593. *Quid juris*, de ceux pour lesquels la loi accorde certains délais? 759
1594-1595. Du privilège du copartageant. 760
1596. Du privilège de la séparation des patrimoines. 762
1597. Du privilège du constructeur. 764
1598. Du privilège du vendeur d'immeubles. 765
1599. Exception. 767
1600. Le vendeur ne peut même pas inscrire son privilège dans les quarante-cinq jours de la vente, si son acheteur a été déclaré en faillite. 768

(Nos) Pages
1601. Le vendeur qui ne peut pas invoquer son privilège conserve-t-il néanmoins le droit d'agir en résolution? 768
1602-1605. *Quid juris,* en cas de faillite de l'acheteur? 769
1606. *Quid juris,* en cas de décès de l'acheteur, suivi de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire? 775

CHAPITRE II

DES FORMALITÉS DE L'INSCRIPTION ET DES ÉNONCIATIONS QU'ELLE DOIT CONTENIR. — SANCTION.

§ I. *Formalités. Enonciations.*

1607. Textes qui régissent la matière 777
1608. Fonctionnaires chargés d'opérer les inscriptions. 777

N° 1. Le droit commun.

1609. En principe, les inscriptions n'ont pas lieu d'office 777
1610. Au nom de qui l'inscription est requise. Applications 778
1611. *Quid juris,* en cas de cession non encore signifiée ni acceptée? 779
1612. Cession parfaite. 780
1613. Il n'est pas nécessaire que la cession soit constatée par acte authentique 780
1614. Hypothèque garantissant une obligation à ordre ou au porteur . . 781
1615. Hypothèque garantissant des obligations à émettre 781
1616. L'inscription requise par un créancier d'une hypothèque appartenant à son débiteur doit être prise au nom de ce dernier . . . 782
1617. Effets de l'inscription prise seulement jusqu'à concurrence de la créance du requérant 783
1618. Délégation 784
1619. A qui profite l'inscription? 785
1620. A qui appartient le droit de requérir inscription d'une hypothèque? 786
1621. Le conservateur des hypothèques peut prendre, sans en être tenu, inscription des hypothèques dont l'existence lui est révélée. . 789
1622. Les inscriptions sont prises sur le constituant 790
1623. Elles peuvent l'être sur lui, même après son décès. 791
1623 I. Il en est ainsi même après que l'héritier a reconnu la dette. . . . 791
1624. Même après aliénation. 792
1625. Obligation de présenter au conservateur l'acte générateur du privilège ou de l'hypothèque ou une expédition. 793
1626. *Quid juris,* si, comme en matière de séparation des patrimoines notamment, le créancier n'a pas de titre? 794
1627. Le défaut de présentation du titre n'est pas une cause de nullité de l'inscription 797
1628. Hypothèque maritime. Texte qui en régit l'inscription 798
1629. Bordereaux. Leur rédaction 798
1629 I. Du bordereau écrit sur l'expédition délivrée par un greffier de justice de paix ou par un secrétaire de conseil des prud'hommes 798

(Nos)		Pages
1629 II.	Des bordereaux collectifs	799
1629 III.	Le défaut de bordereaux n'est pas une cause de nullité de l'inscription	800
1630.	La signature des bordereaux n'est pas exigée par le code	801
1631.	A quel moment se fait l'inscription	801
1631 I.	Comment elle se fait	801
1632.	Le conservateur n'a pas le droit de diviser les bordereaux collectifs qui lui sont remis	803
1632 I.	Il n'est pas tenu de diviser le bordereau collectif, alors même qu'il en serait requis	804
1633.	Les frais de l'inscription sont à la charge du débiteur	804
1634.	Exceptions : Stipulation contraire. Hypothèque légale du mineur.	805
1635.	*Quid juris*, pour l'hypothèque légale qui grève les biens des maris et des comptables ?	805
1636.	Par qui est faite l'avance des frais ?	806
1636 I.	Que comprennent les frais ?	807
1637.	Les frais de la transcription sont à la charge de l'acquéreur	807
1638.	Enonciations que doivent contenir les bordereaux : 1° énonciations relatives à la personne du créancier	808
1639.	Nom et prénoms du créancier	808
1640.	Domicile réel. Domicile élu	809
1640 I.	Bureaux remaniés. Election de domicile	811
1641.	Changement du domicile élu	811
1641 I.	Par qui il peut être fait	812
1641 II.	*Quid juris*, en cas de révocation pure et simple de l'élection de domicile ?	812
1642.	2° Enonciations relatives à la personne du constituant	813
1643.	3° Date et nature du titre. Le titre en matière hypothécaire est le titre constitutif	814
1644.	*Quid juris*, si le titre de la créance et le titre constitutif de l'hypothèque sont distincts ?	815
1644 I.	Le cessionnaire qui requiert inscription n'est pas tenu de mentionner l'acte de cession dans le bordereau	816
1645.	De la date du titre	817
1646.	Qu'entendre par la nature du titre ?	817
1647.	Exception : hypothèques légales	818
1648.	Comment satisfaire aux prescriptions de la loi quand il s'agit de l'inscription des privilèges ?	818
1648 I.	De l'indication de la nature de la sûreté dont l'inscription est requise	819
1649.	Il n'est pas nécessaire de mentionner les autres titres relatifs au privilège ou à l'hypothèque	820
1650.	Lorsque le titre constitutif infecté de nullité a été confirmé, faut-il mentionner dans l'inscription l'acte confirmatif ?	820
1651.	Hypothèque consentie par un *non dominus* ou un porte-fort	821
1652.	4° Enonciations relatives à la créance garantie. Comment doit-elle être spécialisée ?	822
1653.	Evaluation des rentes. Rentes en nature	823
1654.	Rentes en argent. Rentes perpétuelles	823

(Nos) Pages
1655. Rentes viagères 824
1656. L'évaluation limite non l'hypothèque, mais son efficacité à l'égard des tiers. 825
1657. L'évaluation est-elle exigée quelle que soit la nature des sûretés? Hypothèques. Exception pour les hypothèques légales. 826
1658-1658 I. *Quid juris,* en matière d'hypothèques judiciaires? 827
1659. Est-elle exigée quand il s'agit d'un privilège?. 829
1660. Indication des accessoires de la créance. Evaluation 830
1661. Epoque d'exigibilité de la créance 832
1662. Créance échue au moment de l'inscription. Echéance incertaine. 833
1663. Rentes perpétuelles ou viagères. 834
1664. 5° Enonciations relatives aux immeubles grevés. De leur spécialisation. 835
1665-1665 I. Comment elle s'opère. 836
1665 II. Inscription du privilège de la séparation des patrimoines. 838
1666. Exception. 839
1666 I. *Quid juris,* s'il est intervenu une convention? 839
1667. Hypothèques judiciaires. 840
1668. Hypothèques légales. Quelles sont les hypothèques légales pour l'inscription desquelles il n'est pas nécessaire d'indiquer les immeubles grevés? 840
1669. L'inscription des privilèges est, au contraire, soumise aux règles du droit commun. 842
1670. Il en est de même pour l'hypothèque conventionnelle constituée sur les biens à venir. 842
1671. Comparaison avec les hypothèques judiciaires ou légales générales. 843
1672. Le créancier nanti d'une hypothèque générale peut-il limiter son inscription à certains immeubles déterminés? 844
1673. Formalités de l'inscription de l'hypothèque maritime. Représentation du titre constitutif ou de son expédition. 845
1674. Bordereaux. Ils doivent être signés. 845
1675. Enonciations que doivent contenir les bordereaux. 847
1676. Comment se fait l'inscription. 848
1677. Constatation de la déclaration relative au changement du domicile élu 849
1678. Mentions des mutations opérées. 849

N° 2. L'EXCEPTION.

1679. Elle est limitée aux hypothèques *purement* légales. 849
1679 I. Il n'est nécessaire ni de représenter un titre ni d'indiquer la date et la nature de ce titre ni de mentionner la date du fait générateur de l'hypothèque. 850
1680. Autres énonciations dont l'inscription est dispensée. 851
1681. Enonciations que doivent contenir les bordereaux. 851
1682. Mention relative aux droits à conserver. Droits déterminés. Droits indéterminés. 851
1683. La créance du mineur contre son tuteur est indéterminée pendant la tutelle, même après sa cessation jusqu'à la reddition

(Nos) Pages

du compte, même après cette reddition en ce qui concerne les actions en redressement. 853

1684-1685 I. La créance de la femme est déterminée après liquidation faite lors de la dissolution de la communauté ou de la séparation de biens. Avant cet événement est-elle indéterminée ? 854

1686. Cette solution ne présente-t-elle pas des inconvénients dans la pratique ? 860

1687. Effets de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme prise pour des sommes fixes et déterminées sans mention des créances indéterminées, ou pour une fraction de la somme déterminée due à la femme 861

1688. Cette inscription est dispensée de la spécialisation des immeubles grevés. Effets de l'inscription limitée à certains immeubles déterminés 862

1688 I. Effets de cette limitation soit lorsque la femme a été obligée de faire inscrire son hypothèque pendant le mariage, soit lorsque l'inscription en a été requise après dissolution. 863

§ II. *Sanction.*

1689. Edit de 1673. — Loi du 11 brumaire an VII 864

1690. La nullité de l'inscription est la sanction des prescriptions de la loi, malgré son silence à cet égard 864

1691. Pour qu'elle soit encourue il n'est pas nécessaire que les tiers aient éprouvé une lésion; il suffit que l'inscription portée sur les registres ne les ait pas avertis de l'existence de l'hypothèque. 866

1692. L'absence de l'une quelconque des mentions indiquées en l'art. 2148 n'entraîne pas nécessairement la nullité. Distinction des énonciations substantielles et de celles qui ne le sont pas. 867

1693. Application. Enonciations relatives à la personne du créancier. . 869

1694. Election de domicile dans l'arrondissement du bureau 871

1695. *Quid juris*, si le créancier a son domicile réel dans l'arrondissement ?. 873

1696. Loi belge du 16 décembre 1851 874

1697. Conséquences du défaut d'élection de domicile, s'il n'entraîne pas la nullité de l'inscription. 874

1698. Enonciations relatives à la personne et au domicile du débiteur ou du constituant. 875

1699. Date et nature du titre 876

1700. Montant de la créance ou évaluation 878

1701. Époque d'exigibilité de la créance 878

1702. Indication de l'espèce et de la situation des biens grevés. 880

1703. Il n'y a pas de formule sacramentelle. Equipollence. 881

1704. Influence des erreurs commises dans les mentions substantielles. 882

1705. Droit de contrôle de la cour de cassation 884

1706. La validité des inscriptions se juge d'après la forme en laquelle elles sont portées sur le registre 886

1707. Règles qui régissent les actions relatives aux inscriptions hypothécaires 887

(Nos) Pages
1708. Rectification des inscriptions irrégulières. Qui peut l'effectuer ou la requérir ? 888
1709. Comment s'opère la rectification. Effets 889
1710. Sanction des prescriptions de l'art. 2153 pour l'inscription des hypothèques légales 890
1710 I. Sanction des prescriptions relatives à l'inscription de l'hypothèque maritime 891

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS LE TOME II

I. CODE CIVIL

Articles.	Numéros.
2	1498.
6	1039, 1442, 1459.
11	978, 1188, 1249.
13	978.
14 et 15	1242.
19	1188 I.
75 et 76	1454.
112	1171 I.
120	1171 I.
124	1360, 1509.
125	1359.
127	923.
128	1359-1360.
129	1509.
132	1361, 1509.
141	1178.
142	1184 I.
171	975.
201 et 202	974.
212	981, 1496.
217	1326, 1360.
222	1360.
301	981, 1497.
311	1035 I, 1042, 1327, 1512.
384 et 385	921.
389	1178.
394	1180, 1462.
395	1187.
396	1186.
401	1462.
407	1031.
417	1186.
418	1463.
419	1180.
420	1179, 1202.
432	1462.
439	1196.
440	1180.
457 et 458	1330, 1357.
461	1572.
471	1000, 1504, 1634, 1635.
472	1207.
475	1504.
480	1504.
481	1330.
484	1330.
497	1176.
499	1332.
502	1331.
506	1030.
508	1195, 1507.
513	1332.
517	1371.
518	912, 930.
519	912.
520	914.
526	904, 918.
530	932, 936, 938.
532	930.
544	920.
553	934, 1296, 1298, 1298 I.
555	1301 I.
578	920.
595	921.
601	921.
618	926.
622	925.
631	927.

Articles	Numéros
634	927.
711	1405, 1554.
767	988.
777	1576, 1580.
782	1572.
785	1580.
791	1381.
829 et 830	1322.
873	1311, 1579.
875	899.
879	1623 I.
883	1000, 1015, 1320, 1320 I, 1323 I, 1551.
931	1411.
932	1416.
939	1554.
952	1001, 1316.
958	1316.
963	1001.
1017	966, 1215, 1589.
1020	1292.
1054	1001, 1316.
1055, 1056	1177.
1071	1441.
1108	904.
1109	992.
1120	1310.
1130	1305, 1381.
1133	1305.
1134	1067, 1113.
1138	1405, 1554.
1162	1376.
1165	1036, 1311, 1570.
1166	990, 993, 1063, 1065, 1097, 1142, 1616, 1620.
1167	1350.
1180	1481.
1184	1388, 1601.
1188	894, 1260 I, 1311, 1378, 1390, 1392, 1587.
1190	1391.
1217 et 1218	900.
1220	899.
1221	899, 1311, 1439, 1579.
1234 et 1235	1280.
1244	1278.
1247	1391.
1249	1053, p. 241 note 2.
1251-1°	1640.
3°	1135.
1252	p. 241 note 2.
1256	1497 I.
1271	1623 I.
1278	905, 997, 1623 I.
1304	1334.
1311	1330, 1650.
1317	1080.
1318	1409.
1321	1303 I.
1326	1262.
1328	1484, 1487.
1338	1007, 1310, 1335, 1337, 1412 I.
1339	1089.
1340	1412 I.
1348	1242.
1351	1570.
1382	975, 995, 995 I, 1441.
1391	1455.
1394	1478.
1395	1025.
1396	1018.
1398	1018 I, 1019.
1404	905.
1407	1013 II.
1410	1276.
1421	1458.
1428	1302, 1358.
1431	989, 1058, 1117.
1440	1068 I.
1446	1011, 1118.
1449	1326, 1327.
1450	973, 1492, 1523 I.
1453	1010.
1471	1058.
1472	989.
1481	986.
1494	1006.
1495	1005.
1507 et 1508	1302.
1515	984.
1538	1326.
1539	1492.
1547	1068 I.
1553	1489.
1554	1044, 1272.
1561	984.
1569	983.
1570	986.
1571	1000.

Articles	Numéros
1572	972, 1464.
1576	1044.
1577 à 1579	1492.
1582	1405.
1583	1486.
1593	1637.
1599	1304.
1600	1381.
1654	1601 à 1606, p. 46 note 4.
1662	1317.
1665	1317.
1673	1317.
1690	905, 1054, 1058, 1075 à 1077, 1095, 1099, 1150, 1159, 1168$_{I}$, 1611.
1692	905, 1077.
1705	1270.
1706	1068$_{I}$.
1909	1663.
1912	1663.
1978	1655, 1663.
1979	1655.
1988	1357.
1998	1007.
2012	902, 1280.
2032	989, 1117.
2036	902.
2037	1292.
2059	1295, 1311$_{I}$, 1530, 1531.
2075	905, 947, 1116.
2076	1056.
2078	1289, 1291.
2088	1289, 1291.
2092	892, 1269, 1271, 1324.
2093	892, 962, 1063, 1108, 1324, 1440.
2094	962, 1440.
2101	1356, 1592, 1625.
2102-3°	963.
2103-3°	1659.
2104	1660.
2105	1398$_{I}$.
2106	1436, 1539, 1546, 1549.
2107	1592, 1660.
2108	1598 à 1601, 1609, 1621, 1637, 1706.
2109	1398, 1566, 1593 à 1595, 1648$_{I}$.
2110	1597.
2111	1216, 1398, 1566, 1585, 1596, 1626, 1665$_{II}$, 1669.
2112	905, 1287.
2113	965, 1215, 1648$_{I}$.
2114	892 à 909, 951, 1149, 1227, 1398$_{I}$.
2115	962, 962$_{I}$.
2116	962.
2117	962$_{I}$, 963, 976, 1176$_{I}$, 1221, 1222, 1227, 1259, 1263, 1279 à 1292, 1403.
2118	909 à 949, 951, 958, 1244, 1338.
2119	917, 950 à 955, 1301,
2120	954 à 961.
2121	963 à 964, 998, 1000, 1058$_{I}$, 1448, 1607, 1625, 1657, 1679, 1685.
1°	969 à 997.
2°	1169 à 1193.
3°	1208 à 1213, 1448, 1589.
2122	998 à 1011, 1017, 1038, 1194 à 1194$_{II}$, 1197$_{II}$, 1214 à 1215, 1217, 1398, 1670.
2123	962$_{I}$, 1176$_{I}$, 1217 à 1278, 1359, 1398, 1419, 1421.
2124	904, 1293 à 1313, 1324 à 1357.
2125	944, 1001, 1298$_{I}$, 1314 à 1323.
2126	1357 à 1361.
2127	1080, 1260$_{I}$, 1332, 1403 à 1418, 1423.
2128	1250, 1257, 1419 à 1422, 1424.
2129	1293 à 1313, 1363 à 1382, 1386 à 1388, 1408, 1418, 1664 à 1665$_{I}$.
2130	1302$_{I}$, 1383 à 1388, 1398, 1398$_{I}$, 1447, 1548, 1587, 1670, 1671.
2131	1025, 1037, 1206, 1278, 1311, 1388 à 1398$_{I}$. V. t. III, 1981, 2045.
2132	1399 à 1402, 1408, 1652, 1656, 1658, 1658$_{I}$, 1682.
2133	913, 916, 1014, 1296, 1297. V. t. III, 1934 à 1949.
2134	895, 947, 1099, 1108, 1286, 1426 à 1451$_{I}$, 1457, 1461,

Articles	Numéros
	1502, 1516, 1519, 1539, 1553, 1685, 1690, 1691.
2135	1398, 1436, 1438, 1440, 1452 à 1459, 1502, 1505, 1509, 1511 à 1514, 1516, 1550, 1688 I.
1°	1171, 1185, 1192, 1286, 1460 à 1463.
2°	983, 984, 996, 1038, 1124, 1134, 1459, 1464 à 1498, 1685.
2136	1022, 1523 à 1524, 1530 à 1534, 1536.
2137	1525, 1535, 1536, 1672.
2138	1526 à 1527 I.
2139	1537, 1538, 1620.
2140	976, 1017 à 1025, 1027 à 1029, 1037 II, 1196, 1459.
2141	1185, 1195 à 1197 II, 1199, 1199 I.
2142	1017, 1017 I, 1022, 1196, 1529.
2143	1027, 1185, 1198 à 1207.
2144	1017, 1017 I, 1024, 1026 à 1032, 1037 II, 1037 III, 1039, 1073, 1086, 1113, 1688.
2145	1017, 1017 I, 1024, 1026, 1033 à 1037 II, 1073, 1086, 1113, 1198, 1203, 1204, 1688.
2146	1216, 1438, 1440, 1515, 1517, 1540 à 1542, 1545 à 1551, 1561 à 1606.
2147	1109, 1122, 1445, 1448, 1629 II.
2148	1022, 1370, 1379, 1398, 1402, 1450, 1607 à 1624, 1675, 1682, 1689 à 1710. V. t. III, 1765.
al. 1	1411, 1625 à 1627, 1644.
al. 2	1629 à 1630.
1°	1638 à 1640 I, 1693 à 1697.
2°	1642, 1698, 1703.
3°	1643 à 1651, 1699.
4°	1652 à 1663, 1675, 1682, 1700 à 1701, 1703.
5°	1022, 1037 I, 1037 II, 1379, 1448, 1450, 1524, 1664 à 1672, 1702.
2149	1571, 1578, 1582, 1584, 1610, 1623, 1642.
2150	1631 I à 1632 I, 1673, 1676.
2151	907, 982, 1112, p. 386 note 1, 1587, 1660. V. t. III, 1711 à 1747.
2152	1613, 1641 à 1641 II.
2153	1037 I, 1092, 1472, 1516, 1529, 1607, 1625, 1647, 1657, 1658 I, 1679 à 1688 I, 1698, 1710.
2154	1518, 1586. V. t. III, 1748 à 1813.
2155	1633 à 1637.
2156	1697, 1707. V. t. III, 1863, 1875.
2158	1085. V. t. III, 1847 à 1853, 1882 à 1886, 2261, 2261 I.
2159	1202 I, 1638, 1707. V. t. III, 1865 à 1873, 1924.
2161	1025, 1028, 1199, 1200, 1207, 1214 II, 1266, 1638. V. t. III, 1910 à 1925.
2164	1206. V. t. III, 1930.
2166	896, 1295, 1434, 1436, 1438, 1552 à 1554. V. t. III, 2051, 2230, 2233, 2235.
2168	896. V. t. III, 2173 à 2178, 2181, 2190, 2191.
2169	896, 1119, 1190. V. t. III, 2115, 2122 à 2139, 2196, 2403.
2180	903, 1079, 1223, 1280. V. t. III, 2245 à 2309.
2181	1558. V. t. III, 2332 à 2355 I, 2393 à 2400.
2183	1120, 1148, 1373, 1638, 1640, 1697. V. t. III, 1803, 1809, 2128, 2332, 2403 à 2413, 2417 à 2420.
2184	1120, 1661. V. t. III, 1803, 1809, 1980, 2412 à 2420, 2426 à 2437.
2188	1660. V. t. III, 2504, 2515, 2517.
2193	1436, 1455, 1458, 1520, 1536. V. t. III, 2535 à 2536 I.
2194	1121, 1142, 1146, 1458, 1462, 1478, 1520, 1532,

Articles	Numéros
	1536. V. t. III, 2537 à 2556.
2195	1147, 1458, 1520. V. t. III. 1776, 2557 à 2583.
2200	1445, 1631, 1701. V. t, III, 2076, 2598 à 2601.
2204	910. V. t. III, 2632 à 2635.
2249	901.
2252	1506.
2279	951, 953, 1476, 1489.

II. CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Articles.	Numéros.
54	1409.
64	1370, 1373.
83	1204.
130	1242.
174	1626.
191	1259.
403	1259.
444	p. 311 note 1.
546	1247, 1250, 1252 à 1255, 1421, 1422.
548	1640.
558	1626.
682	914.
685	914.
686	1340. V. t. III, 2011 à 2017, 2197.
692	1527 I, 1640, 1697.
712	1660.
714	1660.
717	1095, 1121, 1146, 1520, 1557.
742	1288 à 1291.
753	1640.
754	1146, 1518.
759	1660.
766	1660.
772	1146, p. 260 note 2.
774	1660.
775	905, 947, 1097, 1616, 1620, 1626.
834	1268, 1455, 1558.
882	1463.
905	1530.
1020	1256, 1257.
1041	1253.

III. CODE DE COMMERCE

Articles.	Numéros.
6	1330, 1362.
7	1329.
190 à 192	954.
443	1341.
446	979, 990 à 994, 1242, 1243, 1343 à 1347, 1349 à 1356, 1567.
447	992 à 995 I, 1348 à 1356, 1567.
448	1216, 1343, 1350, 1440, 1517, 1562 à 1568, 1575, 1586 à 1605.
490	967, 1216, 1217, 1587, 1605, 1668.
517	967, 1216, 1217.
540	1530.
546	1356.
552	1356.
554-555	1356.
560	983.
563	983, 987, 1012 à 1016, 1191 I.
564	987, 995, 1012, 1013 I.
597	992.
598	992, 995.

IV. LOIS SPÉCIALES

Numéros

1539. Ord. de Villers-Cotterets, art. 92, 93 1219
1566. Ord. de Moulins, art. 53 . . . . . 1219, 1256
1581. Edit de juin (Contrôle), art. 6 . . . . . 1410, 1431
1606. Déclaration (Contrôle) 1410
Edit de juin (Contrôle) 1410, 1431
1629. Ord. (Code Michaud), art. 121 . . . . . 1252, 1253, 1421
1666. Edit (Droit maritime) 955
1673. Edit (Publicité hypoth.), 1367, 1431, 1432, 1437, 1441, 1452, 1454, 1499 à 1501, 1503, 1504, 1512, 1532, 1540, 1689, 1690, 1692
1681. Ord. (Marine) 955
1691. Edit de décembre (Notaires) 1404
1693. Edit de mars (Contrôle) 1410
1702. Déclaration. Novembre (Faillite) 1343, 1561
1716. Acte de notoriété du Châtelet de Paris 1417II
1717. Déclaration du 2 janvier (Hypoth. judic.) 1260I
1760. Traité du 24 mars (Sardaigne) 978, 1249, 1420
1771. Edit (Lettres de ratification) 1431
art. 35 1429
1777. Traité du 28 mai (Suisse) 1420
1779. Edit 25 février (Parts de marais en Artois) 926I
1787. Traité du 11 janvier (Russie) 1249
1790. Loi 19 septembre (Greffes hypoth.), art. 3 et 4 1432
Loi 28 octobre-5 novembre (Biens nationaux), tit. II, art. 14 . . 1418
Loi 5 décembre (Enregistrement), art. 9 1410
Loi 18-29 décembre (Rachat des rentes foncières) 933, 936, 938, 939
1791. Décret 7 juin (Bail à domaine congéable) 935
Loi 6-22 août (Douanes), art. 23 . . . . . 968, 1215, 1245
1792. Décret 27 août-7 septembre (Bail à domaine congéable) 935
1793. Loi 4-7 mars (Marchés de fournitures), art. 3 1418
An 2. Loi 27 vendémiaire (Acte de navigation), art. 17 1543
Décret 2 prairial (Baux à colonage et à culture perpétuelle) . . . 938, 940
An 3. L. 9 messidor (Régime hypothécaire) 1256, 1410, 1441
art. 5 et 6 . . . . . 971, 1220
art. 8 1365
art. 10 1227
art. 17 . . . . . 971, 1171, 1365, 1404
art. 18 1421
art. 19 . . . . . 971, 1365, 1432, 1539
art. 20 1540
art. 22 1432
art. 23 1445
art. 26 1432
art. 27 . . . . . p. 375, note 3, 1365
art. 28 1365
An 6. Loi 9 brumaire (Bail à domaine congéable) 935
An 7. Loi 11 brumaire (Régime hypothécaire) 1406, 1410, 1441, 1465
art. 2 1432

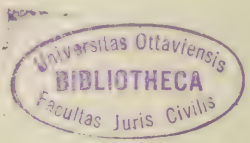
Numéros
art. 3 . . . 1220, 1227, 1245, 1437, 1438, 1452
art. 4 . . . . . 1220, 1365, 1375, 1404, 1432
art. 5 . . . . . 1438, 1561
art. 6 et 7 936
art. 14 1445
art. 15 1661
art. 16 . . . . . 1539, 1540, 1541
art. 17 . . . . . 1432, 1644, 1689, 1701
art. 18 . . . . . 1658 I, 1661
art. 21 . . . . . 1171 I, 1634, 1658 I
art. 26 . . . . . 1259, 1295
art. 30 1661
art. 32 1525
art. 56 1418
Loi 22 frimaire (Enregistrement) 921
art. 30 . . . . . p. 371, note 3
art. 33, 34, 73 1410
Loi 21 ventôse (Conservation des hypothèques), art. 7 1609
art. 21 . . . . 1629 II
7 prairial. Circ. minist. (Inscr. hyp.). . . . . p. 800, note 1
An 9. 28 pluviôse. Décis. minist. (Inscr. hyp.). 1641
An 11. Loi 25 ventôse (Notariat), art. 8 . . . . . 1417 I
art. 9 . . . . . 1409, 1413
art. 20 . . . . . 1085, 1411
art. 68 1411
An 12. Loi 30 ventôse (Code civil). 1253
Avis Conseil d'Etat 16-25 thermidor (Contraintes administratives) 1245
An 13. Loi 15 pluviôse (Hospices) . . . . . 1184 III
Avis Conseil d'Etat 6 fructidor (Bail héréditaire). 941
1806. 15 septembre. Circ. du grand-juge (Inscr. hyp.) 1527
1807. Décret 12 avril (Hospices. Bail). 1418
Loi 3 septembre (Inscr. hyp.), art. 1. . . . . 1260, 1261, 1523 I, 1547
Loi 4 septembre (Sens et portée de l'art. 2148). 1701, 1708, 1709
Loi 5 septembre (Comptables). 998
art. 4 et 5. . . . . 1214, 1710
art. 6 . . . . . 1214 I
art. 7. 1609
1808. Décret 16 janvier (Banque de France), art. 7. . . . . 948, 1541
Décret 1er mars (Majorats). 949
21 juin. Décis. du grand-juge (Inscr. hyp.). . p. 834, note 3; p. 835, note 1
1810. Décret 10 mars (Canal du Midi), art. 13. 948
Décret 16 mars (Canaux d'Orléans et du Loing) 948
Loi 21 avril (Mines), art. 8, 18 et 19. 915
Décret 21 septembre (Salaires des conservateurs des hypothèques) . . . . . 1629 II
Avis Conseil d'Etat 11-26 décembre (Inscr. hyp.). 1708, 1709, p. 887, note 1
1811. Décret 9 avril (Départements) 1209
Décret 18 juin (Inscr. hyp.), art. 124 et s. 1636
Avis Conseil d'Etat 29 octobre-12 novembre (Contraintes administratives) 1245

Numéros
1812. Avis Conseil d'Etat 8 mai (Hyp. légales). 1499
1813. Circ. minist. 12 janvier (Inscr. hyp). . . . . p. 800, note 1
1818. Ord. 7 avril (Louage des biens d'une commune). 1418
1821. Avis Cons. d'Etat 16 octobre (Inscr. hyp.) 1630
1822. Décis. ministre des finances 6 décembre (Inscr. hyp.). . . . . p. 800, note 1
1823. Convention Etats-Unis (Consuls) . . . . . p. 548, note 3
1831. Loi 23 avril, art. 9 (Bail à domaine congéable) 935
1833. Ord. 23-26 octobre (Chanceliers des consulats) 1419
1834. Loi 17 mai (Banque de France), art. 5 1541
1835. Loi 12 mai (Majorats) 949
1838. Loi 30 juin (Aliénés), art. 31. . . . . 1176 I
art. 32. . . . . 962 I
art. 34. . . 962 I, 1176 I, 1184 II, p. 327, note 2, 1226
1841. Loi 3 mai (Expropriation pour cause d'utilité publique).
art. 2. 1559
art. 13 1559
art. 16 . . . . . 1558, 1559
art. 17. . . . . 1520, 1558, 1559
art. 18 . . . . . 1397, 1558
art. 19 1559
art. 21 . . . . . 1558, 1559
1842. Loi 11 juin (Chemins de fer). 943
1843. Loi 21 juin (Actes notariés), art. 2. . . . . 1409, 1413
1845. Loi 15 juillet (Chemins de fer) 943
1846. Traité 16 avril (Grand duché de Bade) 1249
1849. Loi 7 mai (Majorats) 949
1850. Loi 10 juillet (Publicité des contrats de mariage) 1454
1852. Décret 28 février (Sociétés de crédit foncier), art. 8. . . . . 906, 1040
art. 20. . . , 906, 1040, 1043
1853. Loi 10 juin (Sociétés de crédit foncier), art. 4 1286
1855. Loi 23 mars (Transcription hypothécaire) 1431
art. 1. . . . . 925, 1100, 1554, 1557 à 1559
art. 2 1100
art. 3. . . 1000, 1096, 1099, 1269, 1295, 1519, 1554, 1565, 1603
art. 6 . . 1096, 1295, 1554 à 1557, 1570, 1595, 1600, 1603, 1605, V, t. III
art. 7 . . . . p. 46, note 4, 1519, 1601 à 1606
art. 8. . . 1091 I, 1207, 1437, 1464, 1456, 1499 à 1519, 1590, 1591, 1595, 1603, 1679, 1688 I.
art. 9. 905, 906, 1038 à 1168 I, 1521, 1603, 1649. V. L. 13 février 1889
art. 10 1522
art. 11. . . . . 1091, 1522
1856. Convention 20 octobre (Vénézuéla). . . . . p. 548, note 3
1858. Loi 21 mai . . . . . 1527 I. V. art. 717 Pr. civ.
1859. Loi 16 juin (Extension des limites de Paris) 1540
Décret 16 novembre (Conservations hypothécaires. Seine) . . . 1540
1860. Convention 10 février (Brésil) . . . . . p. 548, note 3

Numéros
Loi 1er août (Canaux d'Orléans et du Loing) 948
Déclaration 11 septembre (Italie) 1249
1862 Traité 7 janvier (Espagne) . . . . . 978, p. 548, note 3
Convention (Italie) . . . . . p. 548, note 3
1863. Loi 20 mai (Canaux d'Orléans et du Loing). 948
1864. Convention 30 juin (Suisse) 978
1865. 13 avril. Instruc. adm. enreg. (Inscr. hyp.) . . . . . 1627, 1631 I
1866. Convention 11 juillet (Portugal) . . . . . p. 548, note 3
Convention 11 décembre (Autriche) . . . . . p. 548, note 3
1867. Loi 22 juillet (Contr. par corps) 1530
Loi 24 juillet (Sociétés). 1211, 1413, 1415
1868 Protocole 9 juin (Turquie) 978
1869. Traité 15 juin (Suisse). 978, 1249
1871. Loi 23 août (Loi fiscale), art. 5. 1286
Convention 11 décembre (Alsace-Lorraine), art. 18 1249
1874. Convention 7 janvier (Grèce). . . . . p. 548, note 3
1er avril (Russie). . . . . p. 548, note 3
Loi 10 décembre (Hypothèque maritime). 1543
art. 1 961
art. 5. 959
art. 6. 1676
art. 8. . . . . 1628, 1673
art. 10 1446
art. 26 . . . . . 960, 1544
art. 29 955
1875. 28 avril. Circul. dir. gén. des douanes (Hyp. marit.) . . . . . 1676 à 1678
1878. Convention 5 juin (Salvador). . . . . p. 548, note 3
1880. Loi 27 février (Valeurs mobilière. Mineur) 1189
1881. Loi 5 août (Taxe des actes notariés), art. 3. 1263
1882. Traité 6 février (Espagne). 978
Traité 23 février (Suisse) 978
Circ. minist. Justice 12 mai (Inscr. hyp.). 1638, 1642
Convention 25 octobre (République dominicaine) . . . . . p. 548, note 3
1883. Traité 18 juin (Serbie). 978
1885. L. 10 juillet (Hypothèque maritime), art. 1. . . . . 955, 956, 961, 998, 1266
art. 2. . . . . 1423 à 1425
art. 4. 958
art. 5. . . . . 959, 1544
art. 6. . 1543, 1544, 1560, 1607, 1608
art. 8. 1423, 1609, 1628, 1643, 1673 à 1678, 1710 I
art. 9. 1676
art. 10. 1446
art. 17. . . . . 1323 I
art. 33. 1544
art. 36. 957
1886. L. 18 décembre (Loi des finances), art. 7. . . . . 1543, 1608
1887. L. 26 février (Loi des finances), art. 8. . . . . 1543, 1608
1888. Instr. adm. enreg., 10 août (Inscr. hyp.). . . . . p. 800, note 1

Numéros

1889. L. 13 février (Renonc. hyp. lég.). 905, 1005, 1007, 1040, 1049, 1066 à 1073, 1081, 1082, 1084 à 1089, 1096, 1102 à 1110, 1128, 1141 à 1168 I
L. 19 fév. (Indemnités d'assurances). art. 2. . . . . 935, 1395, 1396, 1434
L. 4 mars (Liquidation judiciaire) . . . . . 1567 I
art. 4. . . . . 967, 1012, 1562
art. 5. . . . . 1562, 1589, 1600, 1602 et s.
art. 19. 1349
L. 26 juin (Nationalité), art. 13 (C. civ.). 979
art. 19 (C. civ.) . . . . . p. 297, note 5
L. 22 juillet (Conseils de préfecture), art. 49. 1236
L. 24 juillet (Puissance paternelle) . . . . . 1184 II, 1185
art. 1. 921
art. 10. . . . . 962 I, 1184 II, p. 327, note 2
1890. Convention de Berne, 14 octobre (Exécution des jugements), p. 362, note 2
1892. L. 26 janvier (Lois des finances), art. 12. . . . . 1629 I
art. 78. 1250
1893. L. 6 février (Séparation de corps). 1035 I, 1327, 1512. V. C. civ. art. 311
L. 12 avril (arrondissements de Sceaux et de Saint-Denis). 1540
1893. Décret 12 avril (Conservateurs des hypothèques. Département de la Seine) 1540
Loi 8 juin (Etat civil). 1510
Loi 1er août (Sociétés par actions), art. 6. . . . . 1413, 1414, 1415
1897. Loi 8 février (Domaines congéables), art. 11 935
Convention 5 août (Bolivie) . . . . . p. 548, note 3
Loi 27 novembre (Canal du Midi. Rachat) 948
Loi 24 décembre (Frais dus aux notaires, avoués, huissiers), art. 4 et 5. . . . . 1263 I
1898. Loi 8 mars (Bail à complant). . . . . p. 45, note 2
Loi 17 mars (Cadastre) 1542
Loi 9 avril (Accidents du travail), art. 26. . . . . 1235 I
1899. Loi 30 mai (Circonscriptions hypothécaires) 1540
Convention franco-belge, 8 juillet. 1420
art. 11 et s. . . . . p. 362, note 2
1901. Loi 1er juillet (Associations) 1210
1902. Loi 25 juin (Bail emphytéotique) 933
Loi 12 août (Notaires) 1409, 1413
1905. Loi 22 avril (Majorats. Rachat) . . . . . p. 56, note 1
Loi 9 décembre (Séparation des Eglises et de l'Etat) 1210



28,936. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

DATE DUE

CAT. NO. 1137